جامعة أكلي محند اولحاج – البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

الشروط التعسفية بين القانون المدني وقوانين حماية المستهلك –دراسة مقارنة–

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: عقود ومسؤولية

إعداد الطالبة:
– غيوم سلمى

إشراف الأستاذة:
– بركات كريمة

لجنة المناقشة

الأستاذ: سي يوسف قاسي.....رئيسًا
الأستاذة: بركات كريمة.....مشْرِفًا ومقرّرا
الأستاذ:نبهي محمد.....ممتحنا

السنة الجامعية
2016-2015

كلمة شكر

الحمد لله و الشكر له على نعمائه و حسن توفيقه لنا في انجاز هذه المذكرة،فلله الحمد حتى يرضى و له الحمد إذا رضي و له الحمد عند الرضا.

أتقدم بجزيل الشكر و عاطر الثناء إلى الأستاذة المشرفة

الدكتورة "*بركات كريمة*" التي قبلت الإشراف على هذا البحث

و التقدير لتوجيهاتها و ملاحظتها القيمة.

كما لا يفوتني أيضا أن أتوجه بالتشكرات الخالصة

إلى لجنة المناقشة على تفضلهم بمناقشة هذا البحث

و يسعني أن أتقدم بالشكر إلى كل من مد يد العون لانجاز هذا العمل

من قريب أو من بعيد.

إهداء

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار
إلى من علمني العطاء بدون انتظار
إلى النور الذي ينير لي درب النجاح
" والدي الغالي"
إلى ملاكي في الحياة
إلى من علمتني الصمود رغم الظروف
إلى بسمة الحياة و سر الوجود
" أمي الحبيبة"
إلى روح أخـــي الطاهرة رحمه الله و اسكنه أعلى جنانه
إلى من يضيئون لي الطريق و يساندوني و يتنازلون عن حقوقهم لإرضائي و العيش في هناء
"إخـــوتي و أخـــواتي الأعـــزاء"
إلى جميع الأصدقاء و الزملاء في الدراسة
اهدي هذا العمل المتواضع

سلمـــــــــــى

قائمة أهم المختصرات:

أولا: باللغة العربية

ج : الجزء

ج ر :الجريدة الرسمية

ق م ج: القانون المدني الجزائري

ق م ف: القانون المدني الفرنسي

ص ص : من الصفحة.....إلى الصفحة...

ط : الطبعة

ق إ ج ج : قانون الإجراءات الجزائية الجزائري

د ط: دون طبعة

د د ن: دون دار نشر

د ت ن: دون تاريخ نشر

ثانيا: باللغة الفرنسية

Art : Article

C.C.F : Code Civil Français

Ed : Edition

Ibid. : Ibidem

J.O.R.F : Journal Officiel de La République Française

L.G.D.J : Libraire Général De Droit De Jurisprudence

N° : numéro

Op.cit : ouvrage précédemment cité

P: page

مقدمة

يعتبر العقد عموما، أنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، وهذا الأثر نتيجة لتصرف حر من إرادة كل الأطراف المتعاقدة[1].

ففي الجانب العملي، العقد هو أداة لتبادل الأموال والخدمات و يعد الوسيلة المناسبة لإشباع حاجات الأفراد الضرورية المختلفة للحياة اليومية، وتحقيق هذه الغاية يكون من خلال التوفيق بين المصالح المتعارضة، وبما أن أطراف العقد هم أعلم بمصالحهم وما داموا متساوين أمام القانون، فإنهم يصنعون عدالة العقد بأنفسهم، وهذه الأفكار أدت إلى تصور جديد لنظرية العقد التي يتحكم فيها مبدأ سلطان الإرادة من حيث النشأة والتنفيذ[2].

فمبدأ سلطان الإرادة مفاده أن كل الإلتزامات والنظم القانونية تنشأ من الإرادة الحرة، فلا تقتصر الإرادة الحرة على أن تكون مصدر الإلتزامات، وإنما تتخذ أيضا كمرجع على ما يترتب، من هذه الإلتزامات من آثار[3].

لكن سرعان ما تأثر هذا المبدأ نتيجة التطور المستمر في عمليات التصنيع ووسائل التسويق، الأمر الذي أدى إلى تغير في طرف التعاقد بفعل التوسع في الإستهلاك، فما كان في ما مضى من الكماليات، حين وصفت العلاقة التعاقدية بين المتدخل والمستهلك بالعلاقة المتوازنة لإمكانية مناقشة شروط العقد، أصبح اليوم حاجات ضرورية لا يمكن الإستغناء عنها، مما أدى إلى تراجع عنصر التفاوض حول مضمون العقد.

فأدى هذا التوسع في الإستهلاك إلى تنامي عوامل قوة المتدخل كالبائع،تبعا للأسباب الإقتصادية والتقنية، في ظل تنامي عوامل ضعف المستهلك لنفس الأسباب، ونظرا لكثرة العقود

---

[1] المادة 54 ق.م.ج تنص على ما يلي: «العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص او عدة اشخاص اخرين بمنح او فعل او عدم فعل شيئ ما».

وتنص المادة 59 ق.م.ج على ما يلي: «يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية».

[2] درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة نيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية،تلمسان، 2013-2014، ص07.

[3] محمد أمين سي الطيب، الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، دراسة مقارنة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2007-2008، ص10.

وتكرارها بنفس المحتوى والشكل وجد المتدخل نفسه غير قادر على التفاوض بشأن كل عقد يتولى إبرامه، لذا أناط إلى أشخاص مهمة تحرير عقود نموذجية تتضمن كل الشروط التي يرى فيها مصلحة له وإن لم تكن كذلك بالنسبة للمستهلك.

فبعد أن أصبح المتدخل في مركز من القوة الإقتصادية تمنحه إحتكار لنوع من النشاط الإقتصادي –سواء إحتكار فعلي أو قانوني– ومركز من القوة القانونية، مكنته من إدراج في العقود التي يبرمها مع المستهلك شروطا يخضع لها هذا الأخير كونه طرف ذو ضعف إقتصادي وقانوني دون قدرة للتفاوض بشأنها.

وهو ما أفرز مع بداية القرن العشرين، نوع جديد من العقود عرف بعقود الإذعان، ولما كانت الميزة الغالبة على هذه العقود هو اختلال توازن بين أطراف العقد، بين متدخل ومستهلك لما تضمنته من شروط ُوضعت مسبقا من الأول وتعتبر مجحفة لهذا الأخير، الذي ليس له حرية مناقشتها، وبالتالي أختل مبدأ المساواة العقدية، ولذا تعتبر شروط تعسفية لما تمنحه من مزايا لطرف دون الأخر، فكان واجب على المشرع التدخل بموجب نصوص قانونية قادرة على إعادة التوازن العقدي المختل.

وفي ظل هذه الظروف حاولت عدة تشريعات كالتشريع الالماني و الفرنسي، حل مشكلة إختلال التوازن العقدي الذي تحدثه هذه الشروط المفروضة من قبل المتدخلين على المستهلكين، وذلك عن طريق نظرية الإستغلال، وقاعدة حسن النية، وعيوب الإرادة، وفكرة التعسف في إستعمال الحق، فأمام إمكانية الإستناد إلى هذه النظريات إلا ان تطبيقا يثير الكثير من الصعوبات، فمن جهة يقع على المستهلك عبئ إثبات التعسف أو سوء نية المتدخل أو وقوعه في عيب من عيوب الإرادة، ومن جهة فإن البطلان وهو الجزاء الطبيعي يترتب على الأخذ بإحدى هذه الوسائل، وهو الأمر الذي يستبعده المستهلك نظرا لحاجته للسلعة أو الخدمة.

ونظرا لهذا التباين بين المتدخل والمستهلك، كان لزاما على المشرع البحث على آلية قانونية تمكن من إعفاء المستهلك من إثبات تعسف المتدخل في إستعمال حقه في التعاقد، وفي نفس الوقت القضاء على هذا التعسف دون المساس بالعقد لحاجة المستهلك إليه.

ولهذا سارعت أغلب الدول الصناعية إلى سن قوانين خاصة تتضمن الحماية الكافية للمستهلك من الشروط التعسفية، بعدما أصبح جليا عجز القواعد العامة على إحتواء الممارسات التعاقدية إضافة إلى حاجة المستهلك لحماية قانونية تخلصه من الإستغلال والتعسف.

كانت الولايات المتحدة الأمريكية أولى الدول النى سنت أحكام تقضي من خلالها على كل الشروط الغير نزيهة، التعسفية والمحررة بصفة إنفرادية، وهذا من خلال قانون 1962 الذي نص على مفهوم الشرط الغير المعقول أو الشرط المبالغ فيه، في حين اقتصر تطبيقه على كل عقود البيع مهما كانت كيفية إبرامها، مساومة أو إذعان.

أما المشرع الألماني فأصدر سنة 1976 قانون يتعلق بالشروط العامة للعقد[1]، تولى من خلاله تنظيم الشروط التعسفية عبر قائمة مزدوجة، الأولى تتضمن الشروط التي تعتبر تعسفية مهما كان مبرر وجودها وعددها ستة عشر(16) شرطا، وقائمة ثانية، إحتوت الشروط التي يفترض أنها تعسفية[2]، وعددها ثمانية(8).

تفطن أيضا المشرع الفرنسي لأهمية وجود نصوص كفيلة بمعالجة الشروط التعسفية التي قد تتضمنها العقود الإستهلاكية، فأصدر سنة 1978 القانونٍ رقم 78-23[3] يتعلق بحماية وإعلام المستهلك عن المنتوجات والخدمات، حيث نظم حماية المستهلك من الشروط التعسفية في المواد من 35 إلى 38، إلى جانب إصداره لمراسيم وقوانين منها من خول لجمعيات حماية المستهلكين حق التقاضي لإلغاء الشروط التعسفية.

---

[1] راضية العطياوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر01، كلية الحقوق، 2010-2011، ص4.

[2] يقف تقدير ميزة التعسف في هذه الشروط على السلطة التقديرية للقاضي.

[3] قانون رقم 78-23 مؤرخ في 10 جانفي 1978، يتعلق بحماية وإعلام المستهلكين عن المنتوجات والخدمات، ج ر صادرة في 01 أفريل 1978.

www.legifrance.gouv.fr

ويعتبر القانون رقم 95-96[1] آخر نص عالج فيه المشرع الفرنسي الشروط التعسفية، من خلاله تخلى المشرع عن معيار التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية كمعيار لتحديد الطابع التعسفي وتبنى معيار الإختلال الظاهر بين حقوق والتزامات المحترف والمستهلك، ووسع من خلاله في مفهوم الشروط التعسفية.

إقتبس المشرع الجزائري من التجربتين الألمانية والفرنسية، نظاما لمعالجة الشروط التعسفية عبر القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على الممارسات التجارية[2]، فأخذ عن المشرع الألماني قوائم الشروط التي تعتبر تعسفية وإن خالفه في قيمتها القانونية، فوحد بين الشروط التي جاء بها تعسفية القانون 04-02 والشروط التي جاء بها المرسوم التنفيذي رقم 06-306[3]، وأخذ عن المشرع الفرنسي معيار تقدير الطابع التعسفي، والمتمثل في الإختلال الظاهر.

وبما أن المشرع الجزائري قد سبق المشرع الفرنسي بمعالجته لعقود الإذعان وما قد تتضمنه من شروط تعسفية، منذ 1975 من خلال نصوص القانون المدني، فما حاجة لتبني نظام قانوني مزدوج لمواجهة الشروط التعسفية وذلك من خلال القانون رقم 04-02؟.

في الجزائر لم تتضح معالم موضوع الشروط التعسفية، لكي يحظى بتنظيم قانوني خاص، فلا الفقه خصه بالشرح ولا القضاء عالجه، على عكس من ذلك نجد أن حيوية الموضوع فرضت تدخل تشريعي غربي واسع تبعا للنقاش الفقهي المثار حول الموضوع، مما جعل الإتحاد

---

[1] قانون رقم 95-96 مؤرخ 01 فيفري 1995، يتعلق بالشروط التعسفية في العقود بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، ج ر صادرة في 02 فيفري 1995.

www.pmoiuoi.com

[2] قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، الذي يحدد قواعد المطابقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41 الصادرة في 27 جوان 2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر عدد 46 الصادر في 18 أوت 2010.

[3] مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر عدد 56 الصادر في 11 سبتمبر 2006، المعدل والمتمم للقانون 08-44 المؤرخ في 03 فيفري 2008، ج ر عدد 07 الصادر في 10 فيفري 2008.

الأوروبي يدعو الدول الأعضاء إلى التصرف بفعالية ضد الشروط التعسفية، فشكل التوجيه الأوروبي رقم 93-13[1] ذروة مكافحة الشروط التعسفية على الصعيد الأوروبي.

ومن جهة أخرى، فتغير الأنظمة الإقتصادية عندنا، ونقص التجربة التنافسية في ممارستنا التجارية قد لا يشرح المغزى من إعتماد نص خاص، سواء قانونا أو إقتصاديا، فالمستهلك الجزائري انتقل من نظام الإقتصاد الموجه الذي تحتكر فيه الدولة وسائل الإنتاج والتوزيع، ليجد نفسه في ظل إقتصاد السوق، فلا هو ولا المتدخل يستطيعا الخوض في قانون جديد خاص بالممارسات التجارية، وهما لم يستوعبا بعد قانون حماية المستهلك لسنة 1989.[2]

فماذا يمكن أن نفهم من وراء إصدار القانون رقم 04-02 والمرسوم التنفيذي رقم 06-306؟ فلا الفقه عالج موضوع الشروط التعسفية، ولا القضاء أثار إشكالات عملية بخصوصه ولا جمعيات حماية المستهلكين أولت أهمية للموضوع، فهل يمكن إعتباره ضرورة لتغطية مطلب جماهيري؟ ام إنعكاس لمطالب فقهية أو قضائية؟

ولكي نحقق دراسة شاملة لموضوع البحث، **نتسائل عن كيفية معالجة المشرع الفرنسي و المشرع الجزائري لموضوع الشروط التعسفية في كل من القواعد العامة و القوانين الخاصة بحماية المستهلك؟و هل كل من التشربعين الفرنسي و الجزائري قررا حماية كافية لصون حقوق المستهلك؟**

أما عن سبب وأهمية إختيار الموضوع، فالشروط التعسفية موضوع تظهر أهميته على مستويين:

---

[1] التوجيه الأوروبي رقم 93-13 المؤرخ في 05 أفريل 1993، يتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المستهلكين، ج ر عدد L95 الصادرة في 21 أفريل 1993.

Eur-lex.europa-eu/lesvri5erv/lexuniserv.do ?uci=CELEX :31993L0013 :fr.html

[2] قانون رقم 89-02 مؤرخ في 07 فيفري 1989، يتضمن المبادئ العامة لحماية المستهلك ملغى,ج ر عدد 6 صادر بتاريخ 9 فيفري 1989 .

– **على المستوى النظري:** تتمثل أهميته في فحص وتحليل النصوص القانونية الخاصة والعامة لمحاولة الوصول إلى مدى إستيعاب المشرع لهذا الموضوع من أجل وضع حلول وآليات تحد من تعسف الطرف القوي.

– **أما على المستوى العملي:** ففكرة الحماية من الشروط التعسفية وإن كانت قديمة إلا أن مفهومها إختلف بمفهوم الشرط التعسفي الذي تناولته مختلف التشريعات سواء في القواعد العامة أو القوانين الخاصة، كما تمت الإستعانة ببعض قرارات القضاء الفرنسي لندرة مثل هذه القرارات في الجزائر، ولعل ذلك راجع إلى حداثة التشريع الخاص بالشروط التعسفية أي منذ سنة 2004 فقط ظهر أول نص خاص في هذا المجال، مقارنة مع أول قانون في فرنسا خاص بالشروط التعسفية وهو القانون رقم 78–23 المتعلق بحماية واعلام المستهلكين عن للسلع والخدمات .

ويعتبر القانون رقم 04–02 الأول من نوعه الذي وضّح مفهوم للشرط التعسفي في ظل القواعد العامة، بموجب أحكام عقد الإذعان، في المادة 110 من ق م ج، فضلا عن ذلك صدر المرسوم رقم 06–306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

ولمعالجة هذا الموضوع إرتاينا ضرورة الإعتماد على المنهج المقارن كضرورة المقارنة بين التشريع الجزائري ونظيره الفرنسي، لمحاولة تبيان مواطن القصور والخلل التي ظهرت في تشريعنا الوطني،مع إعمال المنهج التحليلي احيانا بتتبع النصوص القانونية في كل من التشريعين

وللوقوف على حقيقة ما سبق، تم تقسيم هذا البحث إلى فصلين:

– **الفصل الأول:** تناولنا فيه ماهية الشروط التعسفية كسبب الاختلال التوازن العقدي حسب القواعد العامة وقواعد حماية المستهلك، وفيه تم التطرق إلى مفهوم الشرط التعسفي، والمعايير الواجب إستخدامها للتصريح بالطابع التعسفي في المبحث الاول، وتحديد نطاق هذه الشروط في المبحث الثاني.

- **الفصل الثاني:** خصصناه لبحث آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية من خلال وضع رقابة عليها وهذا ما سنراه في المبحث الأول، لنخلص إلى الجزاء عن إدراج هذه الشروط في المبحث الثاني، وخاتمة البحث فيها ملخص ونتائج الدراسة وأهم الإقتراحات المناسبة لحل الموضوع الذي بحثنا فيه.

الفصل الأول

ماهية الشروط التعسفية

حسب القواعد العامة و قواعد

حماية المستهلك

الفصل الأول

ماهية الشروط التعسفية كسبب للاختلال التوازن العقدي

البحث في موضوع الشروط التعسفية يختلف عن البحث حول فكرة التعسف بمفهومها المتداول في ظل القواعد العامة، والتي مفادها إستعمال الحق بشكل سيء والإنحراف عن المبتغى منه.

وإن كانت فكرة التعسف في إستعمال الحق ذات محل خلاف فقهي بين من يراها فكرة قائمة بذاتها ذات أصول، وبين من يرى بعدم وجودها بمعنى التصرف بحق أو التصرف بدون حق.

أدى التطور والتغير في الظروف والمراكز الإقتصادية، إلى تغير في مفهوم التعسف، فالوضع الإقتصادي الجديد المبني على زيادة الإستهلاك، أدى إلى ظهور نوع من عدم التكافؤ خلال ممارسات النشاط الإستهلاكي، وهذا بين طرفي العقد الإستهلاكي، بين محترف متوفق إقتصاديا وماليا وتقنيا وقانونيا، مما يسمح له بالانفراد بإدراج في العقد شروط تذعن المستهلك وهو الطرف الضعيف الذي تستولي على رضاه، وتهدر مصالحه، فلا يقبل منه مناقشة هذه الشروط.

يعتبر عقد البيع الصورة الشائعة للعقود التي تتضمن شروط تعسفية ظاهرة، ولا يمنع بطبيعة الحال تعدي مجال الشروط التعسفية إلى العقود الأخرى التي يمكن حتى وإن ناقش الطرف الضعيف هذه الشروط إلا وأنه يقع في حتمية التعاقد مع الطرف القوي الذي يملي عليه هذه الشروط.

بما أن الممارسات التي يقوم بها المحترف أصبحت تطغى عليها صفة التعسف، يستلزم علينا البحث في مفهوم الشروط التعسفية **(المبحث الأول)**، وبالنظر لاختلاف مفهوم الشروط التعسفية مع فكرة التعسف في إستعمال الحق يستوجب البحث في نطاق الشرط التعسفي **(المبحث الثاني)**، وهذا محاولة للتوصل إلى ماهية هذه الشروط.

المبحث الأول

مفهوم الشروط التعسفية

بالرجوع إلى القانون المدني، نجد أن المشرع الجزائري لم يذكر تعريف صريح للشرط التعسفي، إذ أن مهمة تعريف الشرط التعسفي أوكلت لقوانين خاصة بحماية المستهلك بالرغم من أن التعريف ليس من مهام المشرع إلا أن هذا راجع لأسباب رآها المشرع ضرورية لتأكيد أهمية هذه النصوص التي وضعت لحماية المستهلك من تسلط الطرف القوي (المتدخل).

فبالرجوع إلى القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وإلى المرسوم رقم 06-306 المتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، نجد تعريف للشروط التعسفية، فيكون بهذا المشرع الجزائري سار على نهج نظيره الفرنسي السباق لمعالجة موضوع الشروط التعسفية وحماية المستهلك منها.

وتم تعريف الشرط التعسفي فقهيا وقانونيا **(المطب الأول)** ولكي نتوصل إلى مفهوم دقيق للشرط التعسفي يستلزم علينا البحث على المعايير التي تحدد التعسف في الشرط التعاقدي **(المطلب الثاني)** لنصل في الأخير للمعيار الذي إعتمد عليه المشرع الجزائري في تعريفه للشرط التعسفي.

المطلب الأول

تعريف الشروط التعسفية

يستعمل لفظ التعسف والشروط التعسفية كثيرا، ولكن يصعب في الكثير من الأحيان تعريف كل واحد منهما، ولعل هذا راجع إلى الخلاف الفقهي الذي نشأ أولاً حول فكرة التعسف في إستعمال الحق بأصل عام، وفكرة الشروط التعسفية في العقود التي تعددت وتنوعت تعريفاتها تبعا لتعدد زوايا النظر إليها وهذا ما سنحيطه بدراسة مفصلة من كل جانب.

بداية من التعريف اللغوي **(الفرع الأول)**.ثم التعريف الفقهي **(الفرع الثاني)**، لننتقل إلى التعريف التشريعي أو القانوني **(الفرع الثالث)**، لنعرج في الأخير على التعريف القضائي للشرط التعسفي**(الفرع الرابع)**.

الفرع الأول: التعريف اللغوي للشرط التعسفي

تم تعريف كلا من مصطلحي الشرط والتعسف لغة كما يلي:

أولا: تعريف الشرط: هوإلزام الشيء، والتزامه في البيع ونحوه[1].

و يكون الشرط ملازما للعقد فلا يقبل إدراجه قبل أو بعد إبرام العقد كما يرى جمهور من الفقهاء.

ثانيا: تعريف التعسف: يقال تعسفا عسف عن الطريق أي مال عنه وعدل، وعسف عن الأمر ركبه بلا روية ويقال عسف فلان فلانا عسفا، يعني ظلمه ولم ينصفه[2]، ويقال إستخدمه.

أما في **الاصطلاح القانوني** فيقصد به إستعمال حق قانوني في شكل يتعدى الغرض الموضوع له، وبوجود مصطلحات مشابهة لمصطلح الشرط التعسفي يمكننا التمييز بين كل من الشرط التعسفي الذي يحول الحق عن الهدف الموضوع له، والتصرف المجحف الذي هو تصرف غير مقبول، ولا يحول الحق عن وظيفته الاجتماعية[3].

أما الفرق بين التجاوز والتعسف، فإنه وإن كان التعسف أكثر شخصية، فإن التجاوز أكثر موضوعية، وهنا الشخص في إستعماله لحقه يتجاوز الحد المألوف فيحدث ضررا للغير[4].

---

[1] ابن المنظور، لسان العرب، المجلد السادس، ج 7، ط 4، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، 2005، ص 329.

[2] قاموس المنجد الأبجدي، ط 5، ص 294.

[3] السيد محمد سيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، ب ط، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص32.

[4] المرجع نفسه، ص32.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للشرط التعسفي.

تعددت الآراء الفقهية حول تحديد تعريف وحيد وموحد للشرط التعسفي، فهناك من عرفه من خلال النظر إلى أطراف العلاقة التعاقدية، و هناك من عرفه بالنظر إلى طريقة فرض هذا الشرط، وجانب فقهي آخر قدم تعريف له من خلال البحث حول أثر هذا الشرط التعسفي على أطراف العلاقة العقدية.

فمنه إذا نظرنا إلى أطراف العلاقة العقدية، فان الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في إستعمال هذا الأخير (المهني) لسلطته الإقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة[1].

فنلاحظ إقتصار هذا التعريف حول الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك دون إعتبار الشرط الذي يفرض بين أطراف العلاقة التعاقدية إن كانوا مهنيين بإعتبار الشرط تعسفيا في حالة ما إذا أُعتبر أحد الأطراف ضعيف وأقل خبرة.

من حيث طريقة فرض هذا الشرط فقد عرّف بأنه الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذو النفوذ الإقتصادي القوي والذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر[2]، شرط تعاقدي يحقق منفعة أو ميزة لمصلحة المشترط على حساب المتعاقد الضعيف[3].

أما من حيث الأثر على العلاقة العقدية فالشرط التعسفي هو شرط يترتب عليه عدم توازن واضح "ممقوت" بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك والمترتبة على عقد الاستهلاك، تعطي المهني ميزة استخدام قوته الاقتصادية في مواجهة المستهلك[4].

---

[1] أحمد رباحي، «أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن»، مجلة اقتصاديات إفريقيا، جامعة الشلف، الجزائر، العدد 5، جانفي 2008 (ص ص343-367)، ص346.

[2] سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، ب ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988، ص50.

[3] سليمان براك ألجميلي، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرية، مصر، 2002، ص3.10

[4] أحمد رباحي، المرجع السابق، ص347.

وهناك من عرف الشرط التعسفي بأنه شرط محرر مسبقا من طرف واحد بواسطة المهني فيعتبر شرطا تعسفيا كل شرط بالنظر للميزة القاصرة على المهني يؤدي إلى عدم توازن في حقوق والتزامات الأطراف[1].

وفي الجزائر عرّف الفقه الشرط التعسفي بأنه الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين[2].

ويلاحظ أن هذا التعريف أُستنتج من نص المادة 110 ق م ج بحيث تمنح القاضي سلطة تقدير الطابع التعسفي. ويقدر الطابع التعسفي للبند بتاريخ التعاقد وبالرجوع إلى أحكام العقد وملاحقه باستثناء تلك المتعلقة بالثمن[3].

إعتمد الفقه الجزائري على معيار الميزة الفاحشة ومعيار العدالة في نفس الوقت غير أن الإشكال منصب حول المعيار الأخير الذي يختلف مفهومه من شخص إلى أخر مما يؤدي إلى تضارب الأحكام الفقهية بصدد نفس الشرط.

فالشرط التعسفي ينقص من حقوق الطرف الذي رضخ للطرف الذي وضع بإرادته هذا الشرط لتحقيق منفعة ذاتية غير مألوفة ومفرطة[4].

في الشريعة الإسلامية نجد منع تام لعدة عقود من شأنها إلحاق الضرر بأحد الأطراف وأبرز هذه العقود التي يخل فيها بالتوازن العقدي بشكل كبير هو البيع بشرط، كأن يرى البائع بأن البيع لا يعود عليه بالفائدة أولا يفي بالغرض المطلوب[5]، فيضيف شرطا جديدا يعدل من أثار العقد بما يتفق لمصلحته.

---

[1] محمد أمين سي الطيب، المرجع السابق، ص96.

[2] سلمة بن سعدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013-2014، ص57.

[3] علي محمد جعفر، المبادئ الأساسية في قانون العقوبات الاقتصادي وحماية المستهلك، ط 1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2009، ص96.

[4] فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، دراسة في أحكام القانون المدني اللبنابي، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص87.

[5] رمضان علي السيد الشرنباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دراسة الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004، ص201.

نستنتج من التعريفات الفقهية السابقة، أن الشرط التعسفي هو شرط خارج العقد يفرضه أحد المتعاقدين بطريقة مجحفة يتجاوز فيه حقه في تعديل أثار العقد، وهذا للتفوق القانوني والخبرة الفنية التي يتمتع بها، مما يؤدي إلى إختلال توازن عقدي بين حقوق والتزامات الأطراف في العلاقة الإستهلاكية، فتعتبر الشروط تعسفية إذا جاءت مجافية مع ما ينبغي أن يسود التعامل من روح الحق والعدل[1].

الفرع الثالث: التعريف القانوني

بالعودة إلى أغلب التشريعات نجد أنها لم تتناول تعريف الشرط التعسفي في القواعد العامة (القانون المدني)، بل تركت ذلك للقواعد الخاصة بحماية المستهلك وذلك أن التعريفات ليست من مهام المشرع.

لقد تعددت النصوص التي تناولت تعريف الشرط التعسفي في القانون الفرنسي بدءا من سنة 1978، بحيث كانت المادة L.35 من القانون رقم 78-23 المتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية[2]، أول نص ينظم مثل هذا النوع من الشروط.

كما عرّف المرسوم التنفيذي رقم 78-464[3] الذي يتعلق بتطبيق القانون رقم 78-23 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين حول السلع والخدمات، ضمن المادة L.1 منه الشرط التعسفي بأنه: "ذلك الذي يكون موضوعه أو أثره إذعان غير المحترف أو المستهلك لشروط عقدية لم يتضمنها المحرر الذي وقع عليه"[4]، وهو نفس ما ذهب إليه التوجيه الأوروبي رقم 93-13 الصادر في 5 ابريل 1993 المتعلق بالشروط التعسفية.

---

[1] عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الالتزام، ب ط، مكتبة النهضة، القاهرة، مصر، ص212.

[2] القانون رقم 78-23 الصادر في 10 جانفي 1978، متعلق بحماية المستهلكين من الشروط التعسفية (المسمى بقانون Scrivener) وقد جاء نص المادة كما يلي أن الشرط التعسفي هو كل شرط:

« Qui apparaissent imposés aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économiques de l'autre partie et confèrent a cette dernière un avantage excessif ».

[3] المرسوم التنفيذي رقم 78-464 المؤرخ في 24 مارس 1978، متعلق بتطبيق قانون رقم 78-23 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين حول السلع والخدمات، ج ر صادرة في 01 أفريل 1978.

www.jo-nf.fr

[4] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، ط 2، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص22.

إلا أن ّنص المشرع الفرنسي على الشروط التعسفية في الفصل السادس من المرسوم السابق لـِقَي معارضة على أساس أن فيه مساس لمبدأ سلطان الإرادة، بينما إعتبره المؤيدون تطبيقا لمبدأ حسن النية في التعاقد الوارد في المادة 2134 ق م ف [1].

وهذا التعريف يكفي لإعتبار الشرط تعسفي إذا أدى إلى تحميل غير المهني أو المستهلك بشرط لم يتم التعاقد عليه (خارج إرادته)، وهذا ما لا يتوافق مع قصد المشرع من وراء وضع نصوص خاصة، ذلك أن القواعد العامة كفيلة للتصدي لمثل هذه الأوضاع، بما انه لا يجوز إلزام المتعاقد بما لم يلتزم به تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

وهذا ما يؤدي إلى اعتبار الشروط التي يكون موضوعها أو أثرها إذعان المستهلك لشروط لم يتضمنها العقد وتراضى عليها الطرفان تحت أي ظرف كان وان اكتفاء بإلغاء أو إبطال الشروط التي لم ترد ضمن العقود المبرمة بين أطراف عقد الاستهلاك اكتفاء بلا شيء[2].

عاد المشرع الفرنسي لتعريف الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك لسنة 1995 بموجب الفقرة 1 من المادة L.1-132 وتنص:« في العقود المبرمة ما بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها وأثارها إضرارا لغير المهنيين أو المستهلكين، عدم توازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد»[3].

ومن أبرز التشريعات الغربية التي كانت سّباقة في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية هو التشريع الألماني وذلك بقانون 1976 في المادة L.9 منه المتعلق بمقاومة عدم التوازن في العقود وحماية الطرف المذعن[4]، وما يلاحظ في المشرع الألماني أنه لم يقصر الحماية على طائفة المستهلكين فقط وإنما تمتد إلى المهنيين أنفسهم، كما أنها ليست مقبولة إلا بالنسبة لعقود الإذعان فقط مع استثناء عقود المعاوضة أو المساومة.

---

[1] راضية العطياوي، المرجع السابق، ص18.

[2] أحمد رباحي، المرجع السابق، ص345.

[3] سلمة بن سعدي، المرجع السابق، ص60.

[4] محمد بودالي، المرجع السابق، ص18.

وتناول المشرع الجزائري تعريف الشرط التعسفي في المادة 3 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وهو بمثابة إستدراك الثغرة القانونية المتمثلة بعدم نصه على هذه الشروط في القواعد العامة، فجاء في الفقرة الخامسة لهذه المادة بأن: "**الشرط التعسفي هو كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق وواجبات أطراف العقد**".

وهنا يظهر أن المشرع أعطى تعريف واسع وعام للشرط التعسفي ولتحفيف هذا العموم حاول تحديد صور الشرط التعسفي وهذا ما جاء في المادة 29 من هذا القانون.

من جهة أخرى ترك المشرع الجزائري المجال مفتوح للتساؤلات حول نطاق تطبيق هذا النص على العقود المبرمة بين المهني والذي سماه المشرع الجزائري بالعون الاقتصادي، والمستهلك أم أنه يمتد ليشمل حق العقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين. كما أعاد المشرع الجزائري نفس التعريف في المادة 1/ف2 من المرسوم التنفيذي رقم06-306.

الفرع الرابع: التعريف القضائي

لا نجد في القضاء الجزائري أي تعريف للشرط التعسفي ولا حتى موقف هذا القضاء حول مفهوم الشرط التعسفي نظرا لقلة المنازعات المطروحة أمامه في هذا الشأن.

أما القضاء الفرنسي فقد وجد صعوبة في إعطاء تعريف موحد للشرط التعسفي أمام الخلاف حول من يأخذ بعين الإعتبار طريقة تحديد العقد، ومن يأخذ بالأثر المترتبة على إدراج شرط من الشروط التعاقدية[1].

فنجد أن محكمة النقض الفرنسية تبنت نفس المفهوم للشرط التعسفي الذي وضعه المشرع، فقالت أن الشرط يعتبر تعسفيا إذا كان يتضمن تصرفا غير مشروع يعطّل المبادئ العامة بشكل غير متوافق مع الإحترام الواجب لحسن النية[2].

[1] راضية العطياوي، المرجع السابق، ص29.

[2] سلمة بن سعدي، المرجع السابق، ص58.

فكان القضاء إلى وقت متأخر يقدر الطابع التعسفي بناءا على كيفية تحرير العقد، فبقرار محكمة النقض الفرنسية[1] الصادر بموجب دعوى مرفوعة من قبل جمعية حماية المستهلك، أين تم التفريق بين الشروط الصحيحة والشروط التعسفية بالإعتماد على طريقة تحرير هذه العقود، فأُعتبرت أن تحرير شروط بطريقة غير مقروءة أو غير مرتبة هي شروط تستدعي الإلغاء لطابعها التعسفي، ورغم إلغاء هذا الحكم من قبل المجلس إلا أن أُستمر العمل به من قبل لجنة الشروط التعسفية[2].

أما الإتجاه القضائي الذي تبني تعريفا للشرط التعسفي على أساس وجود بعض الشروط ضمن العقد سواء كان للحصول على مزايا مجحفة طبقا لنص قانون 1978 أو إخلال ظاهر بالتوازن العقدي طبقا لنص القانون 1995.[3]

المطلب الثاني

معايير تحديد الشرط التعسفي

إعتمدت القواعد العامة في كافة التشريعات الغربية على معيار تقليدي واحد يتمثل في معيار العدالة، الذي كان يتخذه القاضي لوصف الشرط المدرج في عقود الإذعان خاصة على انه تعسفي أولا[4]، وفي بداية الستينيات سُنّت تشريعات منظمة للشروط التعسفية في فرنسا، صاحبهُ تطور في المعايير المعتمدة لتحديد الطابع التعسفي، فإعتمد على معيار التعسف في إستخدام القوة الإقتصادية **(الفرع الأول)** و معيار قانوني يتمثل في الميزة المفرطة (الفاحشة)

---

[1] قرار صادر من مجلس الاستئناف مونبولي في 16 مارس 1994، جاء فيه "تعتبر تعسفية الشروط التي لا تظهر بوضوح وبالحروف الكاملة في العقد الخاص بالمؤمن له باعتباره الطرف الذي يهمه الأمر"، راضية العطياوي، المرجع السابق، ص30.

[2] ظاهر من خلال العديد من التوصيات، توصية رقم 82-01، 82-02، 91-01، 94-05، نفس الشيء بالنسبة لقضاة الموضوع الذين تأثروا بهذا التعريف فأصدروا قرارات منها: قرار 03 جانفي 1995 عن الغرفة المدنية الأولى، فالشرط الذي يؤدي إلى اختلاف فاضح في الأداءات المقابلة يعتبر تعسفي، راضية العطياوي، المرجع السابق، ص30-31.

[3] محمد أمين سي الطيب، المرجع السابق، ص109.

[4] عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، دار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص140.

(الفرع الثاني)، ليحسم الأمر بمعيار الإخلال الظاهر بين إلتزامات طرفي العقد لتحديد الصفة التعسفية للشرط **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

يعتبر معيار التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية، معيار شخصي بالنظر إلى أطراف العقد، بحيث يوجد طرف متفوق إقتصاديا ومهيمنا على الطرف الأخر.

إشترط المشرع الفرنسي في المادة L.35 من القانون الصادر في 10 جانفي 1978 أن يكون الشرط مفروض على المستهلكين أو غير المهنيين بسبب تعسف المحترف في إستخدام نفوذه الإقتصادي[1].

ولكن بالعودة إلى تعريف الشرط التعسفي الذي تبناه المشرع الفرنسي في قانون 1978، نلاحظ ربطه لمعيار التعسف في إستعمال النفوذ الإقتصادي بمعيار الميزة المفرطة، بطبيعة الحال وكنتيجة حتمية، التفوق الاقتصادي يعطي للمهني مزايا مجحفة تجعله يتسلط في إدراج شروط تعسفية في العقد، فالتقنية الحديثة والقوة الاقتصادية يكمل إحداهما الأخر، لأن من يكون متفوقا إقتصاديا يكون متفوق فنيا[2].

ثار خلاف فقهي كبير حول إنتقاد معيار التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية وذلك في نقاط عديدة يمكن إيضاحها كالأتي:

– هو معيار غامض وغير دقيق، فالمهني يستعمل نفوذه وقوته الإقتصادية لغرض فاحش ولكن النفوذ ليس مرادف للقوة، فضخامة المشروع لا تعني دائما القوة، فبإمكان تاجر صغير أن يتمتع بإحتكار يماثل مشروعا وطنيا[3].

---

[1] أكرم محمد حسين التميمي، التنظيم القانوني المهني، دراسة مقارنة في نطاق الأعمال التجارية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص73.

[2] محمد بودالي، المرجع السابق، ص93.

[3] حسين عبد الباسط الجميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص ص 108–110.

– الخلاف الأخر حول فكرة التعسف Abus، فهل يقصد به تعسف موقف أو تعسف حق؟.

الرأي الأول: يعتقد أن تحرير المهني للعقود لكي ينفرد بوضع شروط مسبقة وهذا في العقود النموذجية التي تعتبر ضرورية مع التطورات الإقتصادية الحديثة، لتقرير البراعة في المعاملات، وأن إنفراد المتعاقد الأكثر كفاءة يؤدي إلى ترسيخ ظاهرة إختلال التوازن العقدي وتزايد الشروط التعسفية[1] هو سلطة واقع.

فلا يمكن إعتبار التعسف الوارد في المادة L. 35 من قانون 1978 أحد تطبيقات التعسف في إستعمال الحق.

والرأي الثاني يرى أن إنفراد المهني بوضع شروط العقد هو تجاوز للحدود التعاقدية إضرارا بالمستهلك[2]، وهذا نوع من التجاوز في إستعمال الحق كما هو منصوص في القواعد العامة، والمقصود به تجاوز الغايات الإجتماعية للحقوق الشخصية.

– أثير تساؤل آخر حول نجاح المشرع في إختيار هذا المعيار ومدى جدواه، **فإتجه رأي** إلى التشكيك في مدى هذا المعيار على أساس أن السيطرة الفنية والتقنية هي التي تسمح بفرض الشروط التعسفية على المستهلك[3]، بمعنى أنه يوجد مصادر أخرى للتفوق يمكن لها إحداث إختلال في التوازن العقدي غير معيار التفوق الإقتصادي، فالعبرة في التفوق ليس القدرة الإقتصادية فحسب كما جاء في قرار لمجلس الدولة الفرنسي في 3 ديسمبر 1980[4].

ويضاف إلى أن المشرع الفرنسي في قانون 1980 لم ينص على فرض حقيقي للتعسف في القوة الإقتصادية، بل فرض ظاهري إستنتاجا على نصه في المادة 35 على مصطلح "متى يظهر أن هذه الشروط مفروضة..." [5].

---

[1] J. GHESTIN, Traité de droit civil, la formation de contrat, 3eme Ed ,L.G.D.J, 1993, p 654.

[2] بن عزوز درماش، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2013–2014، ص143.

[3] محمد بودالي، المرجع السابق، ص 93.

[4] صدر هذا القرار بعد مطالبة خمس شركات تامين فرنسية إلغاء المادة الأولى من المرسوم التنفيذي الصادر في 24 مارس1978 باعتبار أن الشروط عقود التأمين لم تكن مفروضة عن طريق التفوق الإقتصادي وهذا ما قبله ضمنيا مجلس الدولة.أحمد رباحي، المرجع السابق، ص354.

[5] المرجع نفسه، ص354.

يلاحظ عدم تطرق المشرع الفرنسي لمسألة عبئ إثبات التعسف أو نفيه، فلا يقصد بذلك إيراد عبارة التعسف في إستعمال التفوق الإقتصادي جعله معيار للشرط التعسفي وإلا لما سكت المشرع عن بيان كيفية إثباته وطرقه وهي مسألة جوهرية في حل النزاعات[1].

وبينت هذه الآراء أن معيار التعسف في القوة الاقتصادية ليس بمعيار كفيل للإعتماد عليه لمعرفة إذا كان الشرط التعسفي أم لا.

نظم قانون الإستهلاك الفرنسي لسنة 95 [2]عدة مسائل كان قد نظمها القانون 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين حول السلع والخدمات وقانون الإستهلاك لسنة 1993، وهذا التعديل تماشى مع التوجيه الأوروبي رقم 93-13 الصادر في 5 أفريل 1993 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، فأُعتمد من قبل هذه القوانين على معيار الاختلال الظاهر للتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد مكان معيار التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية.

أما في ما يخص المشرع الجزائري في تعريفه للشرط التعسفي في المادة 3 فقرة 5 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، نجده قد وافق إلى حد بعيد ما أورده المشرع الفرنسي في المادة L.132 من القانون رقم 95-96، وما وجد من إختلاف بينهما قد إتفق فيه مع التوجيه الأوروبي، وأكثر الإختلافات من الجانب الشخصي فقط، بحيث المشرع الفرنسي حدد أشخاص الحماية بغير المهنيين والمستهلكين، أما المشرع الجزائري فالمقصودين بالحماية من الشروط التعسفية هم المستهلكين فقط.

إلى جانب أن المشرع الفرنسي لم يحصر مجال الشروط التعسفية بطائفة من العقود فأدخل، في مجالها كل العقود سواء عقود المعاوضة أو مساومة على عكس المشرع الجزائري.

---

[1] أحمد رباحي، المرجع السابق، ص355.

[2] قانون رقم 95-96 صادر في 1 فيفري 1995 يتضمن قانون الإستهلاك.

ويظهر من خلال تعريف المادة 3/ف5 من القانون رقم 04-02، إعتماد المشرع الجزائري على معيار التوازن الظاهر بين حقوق وواجبات أطراف العقد، تجنبا منه للإنتقادات التي كانت ستوجه له في حالة إدراج كل من معيار التفوق الإقتصادي ومعيار الميزة الفاحشة لتحديد الطابع التعسفي.

الفرع الثاني: معيار الميزة المجحفة

حسب ما جاءت به المادة L.35 من قانون 1978 الفرنسي، نجد أن الميزة المجحفة أو المفرطة جاءت نتيجة عن إستخدام معيار القوة الاقتصادية بطريقة تعسفية، فإعتبر الميزة المفرطة مرتبطة بعلاقة شبيهة بمعيار النفوذ الإقتصادي فلا يكون الشرط تعسفيا إلا إذا أعطى ميزة فاحشة، فالمشرع هنا أعطى تعريف للتعسف مخصص إياه بمقدار النتيجة[1].

لكن أثار هذا المعيار عدة إشكالات، نظرا للإنتقادات التي أثارها الفقه حول نقاط عديدة يمكن إستخلاصها في:

- معيار الميزة الفاحشة غير محددة الكمية[2]، بحيث لم يجد المشرع الفرنسي رقما معيّنا تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي هو سبب لإبطال بعض العقود إذا بلغ حدا معينا[3] فالميزة الفاحشة تقترب من فكرة الغبن ليترتب ضرر مباشر يلحق بالعدالة العقدية، ويكون هناك إختلال في التوازن العقدي كنتيجة حتمية لهذا الضرر، كما هو في القواعد العامة.

---

[1] أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، د ط، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص220.

[2] محمد أمين سي الطيب، المرجع السابق، ص 115.

[3] عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، المجلد الأول، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 286.

وإذا كانا يختلفان من حيث محل التعسف، حيث ينصب في الغبن على الثمن أما في الشروط التعسفية فينصب التعسف على الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد[1]، فتتعدى إلى الشروط التي ليست ذات طابع مالي.

ينصب الإشكال المثار في هذه النقطة بالتحديد، حول طبيعة عدم التوازن الذي يحدثه معيار الميزة الفاحشة، والذي مفاده عدم التوازن بين الإلتزامات المتولدة في العقد نتيجة لغياب المقابل بين الأداء، فيمكن أن تكون هذه الميزة ذات طابع مالي وهذا حيث يتعلق الشرط بالثمن، فمثلا المادة L.35 من قانون 1978 نصت على العديد من الشروط ذات طابع مالي كالمتعلقة بالأسعار وكيفية دفعها، لكن ليس من الضروري أن تكون ذات طابع مالي كالشروط المتعلقة بالتسليم وشروط المنتوج وشروط التنفيذ، الانتفاع أو تجديد العقد...الخ.

– التساؤل الثاني يطرح حول كيفية تقدير الميزة، فهل ينظر إلى الشرط ذاته أم إلى جميع الشروط المكونة للعقد؟

يكون تقدير الميزة بالنظر إلى مجموع الشروط العقدية[2]، وعدم التسرع في إعتبار الشرط تعسفيا بمجرد أنه يعطي بعض المزايا لأحد الأطراف، إذ أن من الممكن أن يكون أحد شروط العقد الآخر يعطي للطرف الثاني من المزايا ما يعيد التوازن إلى العقد بمجمله، فمثلا لا يمكن الربط بين الشرط التعسفي من جانب وبين عدم التعادل المفرط بين قيمة السلعة أو الخدمة المقدمة وبين الثمن[3].

فالنظر إلى شرط بصفة منفردة قد يبدو تعسفيا ولكن قد يكون مبررا إذا نظرنا إلى جميع الشروط، كما هو الحال في شرط تحديد مسؤولية المحترف الذي تقابله شروط أخرى متعلقة بتخفيض ثمن السلعة لفائدة الطرف الضعيف (المستهلك).

---

[1] زبيري بن قويدر، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر، 2006، ص95.

[2] H. BRICKS ,Les clauses abusives, thèse LGDJ, Paris,1982,p113.

[3] أكرم محمد حسين التميمي، المرجع السابق، ص74.

بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد إستدرك النقص[1] وأخذ بهذه الفكرة حيث رجّح أن الطابع التعسفي للشرط يقدر بالإستناد إلى وقت إبرام العقد وإلى جميع الظروف المحيطة بإنعقاده وكذلك الشروط الخارجة عن العقد[2]، وكذا بالرجوع إلى الشروط التي يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هذين العقدين يخضع فيها أحدهما قانونا للأخر[3] (كما هو الحال بالنسبة للقرض المقترن بالبيع).

نهج المشرع الجزائري نفس نهج المشرع الفرنسي بخصوص عدم النظر إلى الشرط التعسفي بصفة منفردة وإنما ينظر إلى جميع شروط العقد، كما هو منصوص عليه في المادة 3 /ف5 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم.

ويبقى هذا صعب من الناحية العملية من وجهة نظر أن حساب التوازن بين إلتزامات ذات طبيعة مختلفة، كالعقد الذي يرد فيه شرط يقيد من مسؤولية المحترف مقابل إعطاء المستهلك الحق في الفسخ بإرادة منفردة.

فرغم المحاولات المتكررة لحل هذا الإشكال، يبقى أن كل العقد يتضمن شروط عديدة وللقول بالطابع التعسفي، يجب الأخذ بالأداءات المتبادلة في مضمون العقد من أجل التحقق من عدم التوازن، فإذا أدى الشرط إلى عدم توازن في مبادئ العقد فيعتبر تعسفي، وهذا يبقى راجع إلى حكمة القاضي وتقديره.

نستنتج أن الميزة الفاحشة عبارة عن مقابل مبالغ فيه، مفروض بواسطة شرط أو عدة شروط مخالفة للقانون المدني والقانون التجاري[4].

نخلص إلى أن معيار الميزة المفرطة ومعيار القوة الاقتصادية للمهني أُعتمدا عليه لتحديد الطابع التعسفي للشرط وهما مرتبطان بالسبب والنتيجة ولا يختلطان ذلك أن المعيار الأول يفترض الثاني، وبإمكانهما إعادة التوازن العقدي إلا أنه تم التخلي عنهما ليتم الأخذ

---

[1] المادة L.1-132 فقرة 5 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1995.

[2] سلمة بن سعدي، المرجع السابق، ص73.

[3] محمد أمين سي الطيب، المرجع السابق، ص 16.

[4] أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص223.

بمعيار جديد والذي نص عليه التوجيه الأوروبي لسنة 1993 ليتبناه كل من المشرع الفرنسي والمشرع الجزائري بعد ذلك.

الفرع الثالث: معيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات

تم الأخذ بمعيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات منذ وضع المشروع المبدئي المقدم من الحكومة الفرنسية المتعلق بمشروع قانون 10 جانفي 1978، إلاّ أنه تم إستبعاده ليحل محله معيار الميزة الفاحشة، لكن سرعان ما عاد المشرع الفرنسي للأخذ بمعيار الإخلال الظاهر بالتوازن المتبنى من التوجيه الأوروبي لسنة 1993 الخاص بالشروط التعسفية.

أُدرج هذا المعيار في المادة L 1-132 الحالة5 من قانون الإستهلاك الفرنسي المقابل للمادة 5/3 من القانون رقم 04-02 المنصوص فيها صراحة أنه لإعتبار الشرط تعسفي يجب أن يؤدي إلى إخلال ظاهر بين حقوق وواجبات أطراف العقد، إلا أنه أُخذ على هذا المعيار انه إعادة لمعيار الميزة الفاحشة، فلا يوجد تغيير من الناحية الموضوعية والإختلاف يكمن في التسمية فقط.

ومنه فإن ما قيل حول معيار الميزة المفرطة ينطبق على معيار الإخلال الظاهر بتوازن الإلتزامات، وهذا سواء في القانون الجزائري أو الفرنسي. ومثل ما طرح من إشكال فيما يخص معيار الميزة المفرطة ومن فكرة الغبن نفسه، طُرح كذلك بالنسبة لمعيار الإخلال الظاهر، فأُعتبر انه تبنى مغلف لفكرة الغبن المجرد، أي النظرية المادية للغبن من ناحية تسليمه لفكرة التكافؤ بين الأداءات المتقابلة[1].

أكد المشرع الفرنسي وجود إختلاف بين معيار عدم التوازن الظاهر للإلتزامات وفكرة الغبن، بإضافته للفقرة 7 إلى المادة L.1-132 من قانون الاستهلاك، بتوضيحه أن تقدير الطابع التعسفي للشرط لا يقع لا على تعريف المحل الرئيسي للعقد، ولا على تعادل الثمن مع المبيع أو الخدمة.

[1] محمد بودالي، المرجع السابق، ص97.

وهذا تأكيد أن الهدف هو مكافحة مظاهر عدم توازن شروط العقد وليس ضمان التعادل الكلي بين الأداءات المتقابلة هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن العقد تدلى فيه إرادة الطرفين أما أسعار المنتجات فيخضع لقوانين المنافسة الحرة مع مراعاة مصلحة المستهلك وهذا لتجنب المساس بالتوازن العقدي.

وفي المقابل نجد المشرع الجزائري ترك الوضع كما هو وهو ما يفهم منه إقتراب معيار الإختلال الظاهر بالإلتزامات من فكرة الغبن المنصوص عليها في القواعد العامة مما يبقى الإشكالات المطروحة سابقا على معيار الميزة المفرطة.

المبحث الثاني

نطاق تطبيق الشروط التعسفية

إستخلاصا من المعايير التي تم دراستها، لا يمكن الإعتماد فقط على هذه المعايير لإعتبار الشرط التعسفي، ومنه جعلها قابلة للتطبيق، فليس بالضرورة كل شرط تعسفي يؤدي إلى إعمال نصوص حماية المستهلك الخاصة بالشروط التعسفية، بل الأمر يتعلق بعدة نقاط ولعل أهمها وجود هذا الشرط ضمن عقد مبرم بين مستهلك ومهني.

وباعتبار النص القانوني خطاب موجه للجمهور، لا يعني حتما وجوب تطبيقه على الجميع وإنما على أشخاص تتوفر فيهم صفات معينة، وبهذا فنطاق تطبيق الشروط التعسفية يتقيد بصفة الأطراف المتعاقدة، فمنه نطاق تطبيق الشروط التعسفية من حيث الأشخاص **(المطلب الأول)**، من خلال هذا العنصر يتبين من يستفيد من حماية النصوص الخاصة المتعلقة بالشروط التعسفية، ومن لا يدخل في نطاق هذه الحماية بمعنى توزيع المسؤوليات على الأطراف لعدم تساوي الإلتزامات.

يضاف إلى هذا قيد حصر تطبيق القواعد الخاصة بالشروط التعسفية على نوع من العقود دون سواها، حسب رأي المشرع، لهذا يجب دراسة النطاق التطبيقي المادي للشروط التعسفية **(المطلب الثاني)**، لنتعرف على أنواع العقود التي من الممكن أن يتمسك أحد طرفيها بتطبيق النصوص الخاصة بمعالجة الشروط التعسفية.

المطلب الأول

تطبيق الشروط التعسفية من حيث الأشخاص

ورد في مفهوم المادة 1 من القانون رقم 04-02 أن قواعده تهدف إلى تحديد المبادئ التي تتم حسبها الممارسات التجارية والتي تقوم بين الأعوان الإقتصاديين فيما بينهم وبين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين وهذا جاء بحكم عام بما أن القانون خاص بالممارسات التجارية.

فان إنتقلنا إلى المادة 29/ ف1 من نفس القانون نجد نوع من التخصيص للحكم المشار أعلاه، فنصت أنه: "**تعتبر بنودا أو شروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع...**" فهنا إكتفى المشرع بالعقود التي يكون طرفها المستهلك والبائع وبهذا يتحدد النطاق الشخصي لتطبيق الشروط التعسفية.

ونظرا لاختلاف المفاهيم المطروحة بين المستهلك **(الفرع الأول)**، والبائع (المتدخل) **(الفرع الثاني)**إستُلزم بحث مفهوم كل طرف من العلاقة التعاقدية ضمن فرع مستقل.

الفرع الأول: مفهوم المستهلك (غير المهني)

كان مصطلح المستهلك من أهم المصطلحات الإقتصادية، قديم العهد بالنسبة للفكر الإقتصادي، حديث العهد بالنسبة للفكر القانوني[1]، ومنذ دخول هذا المصطلح إلى المجال القانوني توالت محاولات تحديد مقصوده **(أولا)** إضافة إلى إمكانية إستفادة المهني الذي يتعامل في غير مجال مهنته من القواعد الحماية الخاصة للمستهلك **(ثانيا)**.

[1] بختة موالك، "الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري"، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 37، العدد02، 1999، ص ص29، 30.

أولا: تعريف المستهلك

مُستهلِك بضم الميم وكسر اللام، إسم فاعل للفعل إستهلك بمعنى إستنفذ أو أفنى أو إلتهم أو أكل، وما يعني في هذا المقام هو تجديد معنى المستهلك الذي يقصد به الشخص الذي يقوم بعملية الإستهلاك[1]، وسنحدد تعريف فقهي وقضائي وقانوني للمستهلك.

1- التعريف الفقهي:

حاول الفقه إيجاد تعريف موحد لمصطلح المستهلك فإتفقوا على أنه الذي يقتني منتجات لإشباع حاجات شخصية، في حين آخر إختلف حول ما إذا كان المهني يدخل في هذا التعريف إذا أُستعملت هذه المنتجات لأغراض مهنية.

فبرز إتجاهين من الفقه،الأول يميل إلى توسيع مفهوم المستهلك والثاني يُضيق من مفهومه وهذا لم يسمح بالتوصل إلى تعريف وسط للمستهلك.

أ / المفهوم الموسع للمستهلك:

ظهر الإتجاه الموسع لمفهوم المستهلك متزامنا مع بداية الدعوة إلى حماية المستهلك، فكان خطاب الرئيس الأمريكي "كندي" بالكونغرس الأمريكي سنة 1962 تجسيدا لها حين قال: **<أن المستهلكين هم نحن جميعاً>.** وفقا لهذا فإن المستهلك هو ذلك الشخص الذي يتعاقد بغرض الإستهلاك[2].

ويعرف بعض الفقه المستهلك بصفة شاملة بأنه: **كل شخص يتعاقد بهدف الإستهلاك، أي بمعنى إستعمال وإستخدام مال أو خدمة**[3].

---

[1] السيد خليل هيكل، نحو القانون الإداري الإستهلاكي في سبيل حماية المستهلك، دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، 1999، ص 07.

[2] محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب، الجزائر، 2007، ص22.

[3] سلمة بن سعدي، المرجع السابق، ص10.

فمن خلال هذا التعريف يعتبر المهني الذي يتصرف خارج مجال إختصاصه المهني مستهلكا، مثل الذي يشتري سيارة بغرض إستعمالها الشخصي أو يستعملها في مهنته، فهنا يعتبر مستهلكا لأن السيارة في كلا الحالتين تُستهلك عن طريق الإستعمال، عكس الذي يشتري سيارة من أجل بيعها، ويستند أنصار هذا الإتجاه إلى القضاء الفرنسي الذي وسع من نطاق قانون الإستهلاك ليشمل حماية الأشخاص الذين يتصرفون بغرض مهني ولكن خارج إختصاصهم المهني[1].

وبالعودة إلى المادة L.35 من القانون الفرنسي لسنة 1978 المتعلق بحماية و إعلام المستهلكين حول السلع و الخدمات التي نصت على أن نصوص هذا القانون المتعلق بالشروط التعسفية تخص العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، وما يفسره الفقه من هذه المادة أن المشرع الفرنسي بإستعماله مصطلح غير المهني مع الإبقاء على مصطلح المستهلك فإنه وسّع من دائرة المستفيدين من الحماية إلى من تؤهله مهنته للوقوف في مواجهة المهني الذي يبرم عقد الإستهلاك.

ب/ المفهوم الضيق للمستهلك:

يرى هذا الإتجاه أن المستهلك هو كل شخص يتعاقد بقصد إشباع حاجياته غير المهنية من السلع والخدمات، وتم الأخذ بهذا التعريف في أغلب التشريعات التي إهتمت بحماية المستهلك، وأُعتبر فقهيا أنه الأقرب إلى ذاتية المستهلك إلى جانب سهولة تطبيقه، بما يوفره من الحماية للمستهلك لتميزه بالبساطة والدقة[2].

عرف بعض الفقه المستهلك أنه الزبون غير المهني للمؤسسة أو المشروع وأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يخضع للقانون الخاص، يقتني أموالا أو خدمات لغرض غير مهني

---

[1] محمد بودالي,حماية المستهلك في القانون المقارن,المرجع السابق، ص22.

[2] فضيلة سويلم، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010-2011، ص14.

لإشباع حاجته الشخصية أو العائلية[1]، فإستند إلى معيار الغاية من التصرف للفصل بين مفهوم المستهلك والمحترف.

ويذهب غالبية الفقه الفرنسي[2] إلى تأييد هذا الإتجاه المضيق لمفهوم المستهلك والذي عرفه بذلك المشتري أو الزبون الذي يمكن إفتراض أنه ذكي وعاقل قادر على أن يكسب أو يحمي حقوقه في مواجهة البائع.

وأبعد أنصار هذا الاتجاه المتدخل من الحماية بحجة أنه المتدخل الذي يتصرف من أجل حاجة مهنية يكون قادرا على الدفاع عن نفسه بعكس الذي يتصرف لغرض خاص، وإن وقع المهني في وضعية ضعف فحمايته توفرها له القواعد العامة وليس قواعد قانون الإستهلاك، كالقرض الإستهلاكي[3].

ونستخلص مما سبق من التعريفات، أن المستهلك الواجب حمايته هو المستهلك النهائي[4] ألا وهو الشخص الطبيعي الذي يقتني منتجات للإستعمال الشخصي والعائلي، وأُخرجت طائفة الأشخاص المعنوية والمستهلكين المهنيين من دائرة الحماية وذلك لإمتلاكهم ما يؤهلهم للدفاع عن أنفسهم[5].

ويعد المستهلك المتعاقد سواء كان تقليديا أو إلكترونيا[6] هو المستهلك الذي يستفيد مباشرة من السلع والخدمات، والمستهلك المتعاقد يستفيد من الحماية من الشروط التعسفية

---

[1] محمد بودالي، المرجع السابق، ص23.

[2] GUYOU YRES: Droit des affaires ,Tome 1,8eme Ed,economic,Paris 1994,p 940.

[3] نوال شعباني، إلتزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 2012، ص24.

[4] علي بولحية بن بوخميسن، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع، دار الهدى، الجزائر، 2000، ص16.

[5] منى عولمي، مسؤولية المنتج في ظل تعديل القانون المدني، مذكرة التخرج لنيل شهادة إجازة المدرسة العليل للقضاء، مجلس قضاء البليدة، الدفعة الرابعة عشر، 2003-2004، ص3.

[6] الفرق يكمن في أن المستهلك التقليدي يلتقي المهني في مجلس عقد واحد ويسري على العقد أحكام التعاقد بين حاضرين، أما المستهلك الإلكتروني يبرم العقد بوسائل الإتصال المختلفة، فمجلس العقد ينتفي، فيطبق على العقد أحكام التعاقد بين غائبين.

المدرجة في العقد، وقد تمتد الحماية إلى مرحلة ما قبل التعاقد غير أنه قد يتحول إلى مستهلك مضرور إذا تعرض لحادث وهو بصدد إستخدام السلعة التي إقتناها.

2- التعريف القضائي:

بحكم غياب تطبيقات قضائية وطنية لعدم وجود تعريف قضائي وطني للمستهلك نرجع إلى القضاء الفرنسي لمعرفة التعريف الذي توصل إليه بشأن تعريف المستهلك.

إستند القضاء الفرنسي على نفس المعيار الذي إعتمد عليه الفقه في تعريف المستهلك ألا وهو معيار الغرض من التعاقد والمتمثل في الإستخدام الشخصي، وما لقاه القضاء من إشكال هو حول ما إذا كان يقتصر مفهوم المستهلك على الأشخاص الطبيعيين فقط أم يشمل حتى الأشخاص المعنويين.

ففي الحكم الصادر من الدائرة الأولى المدنية لمحكمة النقض الفرنسية إعتبرت أن شركة تجارية في حالة تصرفها كمستهلك حين إقتنائها سلع وخدمات لإستعمالها الشخصي وخارج إختصاصها تستفيد من نصوص قانون 1978 الخاص بحماية و إعلام المستهلك حول السلع والخدمات ، بالرغم من أنها شخص معنوي يباشر الأعمال التجارية في مجال العقارات[1].

وتدور وقائع القضية أن الشركة إشترت جهاز الإنذار لحماية أملاكها، لكن بعد استعمال الشركة لذلك الجهاز تبين أن فيه عيب، ولما طلبت من القضاء بإبطال العقد رأت المحكمة أن شروط العقد تعسفية، تعتبر كأنها لم تكن وفقا للقانون الصادر في 10 جانفي 1987 وإعتبرت المحكمة أن الشركة رغم كونها شخص مهني إلا أنها تعتبر خارج مجال إختصاصها فيما يتعلق بالتقنية الخاصة بنظام الإنذار كمستهلك، كما أنها بصدد العقد محل النزاع توجد في نفس الحال من الجهل مثل أي مستهلك آخر يحتمل وقوعه في الجهل[2].

فمن خلال هذا الحكم يظهر أن القضاء الفرنسي تبنى المفهوم الواسع للمستهلك عكس ما كان يأخذ به بعدم إستفادة الشخص المعنوي المهني من التشريع الخاص لحماية المستهلك،

---

[1] محمد أمين سي الطيب، المرجع السابق، ص19.

[2] المرجع نفسه، ص20.

حيث أصبح يشمل مفهوم المستهلك المحترف الذي يتعاقد على سلع أو خدمات غير متعلقة بمهنته بغض النظر عما إذا كان طبيعي أو معنوي.

وبقي على القاضي عبئ تحديد ما إذا كان التعاقد للحصول على السلعة أو الخدمة كان بهدف الإستعمال الشخصي أو متعلق بالمهنة.

3- التعريف القانوني للمستهلك:

أصبح موضوع حماية المستهلكين محلا لتنظيم قانوني كبير، فورد تعريفا للمستهلك في العديد من التشريعات سواء المتعلقة بحماية المستهلك على المستوى الداخلي أو التي وضعت قواعد لحماية المستهلك في علاقات تعاقدية دولية.

جاء في التوجيه الأوروبي رقم 13-93 الصادر عن مجلس الجماعة الإقتصادية الأوروبية[1] في المادة 2 فقرة (ب) منه عرف المستهلك أنه "**كل شخص طبيعي يتصرف في عقود لغايات لا تتدرج في إطار نشاطه المهني**"[2].

عرف المشرع الفرنسي المستهلك، في قانون2 مايو2013 المتعلق بالإستهلاك أنه كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني المنتوج من أجل حاجاته الشخصية وليست المهنية، عكس تعريف المستهلك الذي إقتصر على الشخص الطبيعي دون المعنوي[3].

وعلى خلاف المشرع الفرنسي فإن المشرع الجزائري حرص في الأول على وضع تعريف للمستهلك، فتبنى مفهومين متناقضين؛ **الأول موسع لمفهوم للمستهلك**، فلم يستثني في هذه الحالة المستهلك الوسيط كما أوردته المادة 3 /9 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق

---

[1] توجيه صادر بتاريخ 1993/04/09 يتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المستهلك و المحترف.

[2] عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنوبين الشريعة والقانون، ط1، منشأة المعارف، مصر، 2008، ص22.

[3] عبد المفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005، ص19.

بمراقبة النوعية وقمع الغش[1] "**بأنه الشخص الذي يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معينة للإستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به**".

هذا التعريف الذي تضمن مصطلح "كل شخص" يجعل من المهنيين مستهلكين أيضا ولو كانوا يتصرفون في مجال إختصاصهم[2].

وفي مقابل هذا أتى المشرع الجزائري بتعريف آخر للمستهلك **يضيق من مفهومه** ويظهر ذالك بما جاء في المادة 2/3 من قانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل و المتمم بالقانون رقم 10-06 [3] حينما ذهب إلى تعريف المستهلك بأنه "**كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو سيستفيد من خدمات عرضت أو مجردة من كل طابع مهني**".

فالتوسيع المبالغ فيه من طرف المشرع الأول في التعريف السابق تداركه بتضييق تعريف المستهلك الوارد في القانون رقم 04-02.

ولا يعتبر الشخص مستهلكا إلا في حدود المعاملات المرتبطة بحاجات الإستهلاك الشخصي أو العائلي أو المنزلي، وتنتفي هذه الصفة إذا ما اختلطت الحاجة الخاصة بحاجة مهنية حتى وإن كانت تتعلق بتخصصه الأصلي.

ويظهر المستهلك في عدة أشكال:

- فيكون فردا حين يقوم بالبحث عن السلعة لشرائها من أجل إستخدامه الشخصي أو العائلي.
- ويمكن أن يكون مستهلك صناعي حين يضم كافة المؤسسات العامة والخاصة التي تقوم بشراء السلع والمواد من أجل إنتاج أو تسويق سلع نهائية لكل من المستهلك النهائي والصناعي.

---

[1] مرسوم تنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 يناير 1990م يتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 01-315 الموافق ل 16 اكتوبر 2001، ج ر عدد 61 الصادر في 21 اكتوبر 2001.

[2] محمد أمين سي الطيب، المرجع السابق، ص18.

[3] قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41 صادر في 27 جوان 2004 معدل ومتمم بالقانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 أوت 2010 ج ر عدد 46 صادر في 18 أوت 2010.

- فيعتبر الذي يقوم بشراء مختلف الأدوات والمعدات التي تمكن مؤسسة من تقديم خدماتها لكل من المستهلك الفرد أو المؤسسات التي تحتاجها، أو مستهلك خدماتي[1].
- كما أن المنظمات الخاصة أو العامة التي تقوم بشراء السلع تامة الصنع أو مادة خام نصف أو مصنعة بغرض إستخدامها في إنتاج أو تقديم خدمة معينة بغض النظر عن تحقيق الربح، تعتبر مشتري صناعي[2].

ويجدر الذكر أن مصطلح المستهلك أعم وأشمل من المشتري لأن هذا الأخير يتخذ قرار الشراء وينفذه، لكن قد ينتفع من السلعة أو الخدمة وقد لا ينتفع[3].

ثانيا: تعريف غير المهني

حاول الفقه والقضاء حل الخلاف الذي ثار حول مصطلح "غير المهني"، فإنقسموا بين من إعتبره مرادفا تماما لمصطلح المستهلك وبين القائل بأن له صفة مزدوجة لا هو مهني ولا هو مستهلك.

1) المفهوم الفقهي لغير المهني

برز إتجاهين فقهيين الأول يعتبر غير المهني مستهلكا و الثاني يعتبره طائفة قائمة بذاتها.

---

(1) محمد ابراهيم عبيدات، سلوك المستهلك، مدخل استراتيجي، ط4، دار وائل للنشر، الاردن، 2004، ص16.

(2) نجاح ميدني، أليات حماية المستهلك في الأقتصاد الاسلامي، مذكرة ماجستير في الاقتصاد الاسلامي، جامعة باتنة، 2007-2008، ص17.

(3) سلمة بن سعدي، المرجع السابق، ص20.

أ/ الإتجاه الأول: يعتبر غير المهني مستهلكا

أنصار هذا الإتجاه يضيقون من نطاق الحماية من حيث الأشخاص فيعتبرون أن تعبير غير المهني هو نفسه تعبير المستهلك، فالمهني الذي يتصرف في نطاق غرض مهني ولكن غير داخل في مجال إختصاصه، يكون كالمستهلك طرف ضعيف في مواجهة المهني الذي بمقدوره إملاء شروطه عليه، فغير المهني ما هو إلاّ مرادفا لمصطلح المستهلك.

ب/ الإتجاه الثاني: غير المهني طائفة قائمة بذاتها

مفاد هذا الرأي أن مصطلح غير المهني يعني أنه ليس مهني عن نفس إختصاص الطرف المتعاقد معه، فيوسع من مفهوم غير المهني على أساس الإختصاص أو عدمه، فيعتبر بذلك غير مهني ذلك الذي يتصرف بعيدا عن أعمال مهنته، حتى لو كان ذلك للإنتاج وليس للإستهلاك[1].

فيدخل في وصف غير المهني، المحترف الذي يتصرف خارج مجال إختصاصه ويعتبر كالمستهلك الجاهل لتفاصيل السلعة أو الخدمة، أما المهني هو الذي يبرم تصرف قانوني ليس فقط في مجال تخصصه وإنما تلبية لغاية مشروعة، فغير المهني يختلف تماما عن مفهوم المستهلك.

2) المفهوم القضائي لغير المهني:

عرف القضاء الفرنسي نوع من عدم الإستقرار في وضع تعريف لغير المهني، فبحكم القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 15 أبريل 1982[2]، شّبه غير المهني بالمستهلك ليتبني المفهوم الموسع للمستهلك والذي يشمل المهني الذي يتصرف خارج نطاق إختصاصه وهو ما يسمى "بغير المهني"[3].

---

[1] سلمة ين سعدي,المرجع السابق، ص21.

[2]Cass.Civ/ 1er ch, 15 avril 1982, D1984, juriprudence, p132.

[3] محمد أمين سي الطيب، المرجع السابق، ص22.

لكن في 15 أبريل 1986[1]، عدلت محكمة النقض الفرنسية عن إجتهادها الأول حيث أنها رفضت إفادة شركة تأمين من نصوص القانون الصادر في 10 جانفي 1978 الخاصة بالشروط التعسفية بحجة أن الشركة كانت قد تعاقدت بصفتها المهنية[2]، فهذا تضييق لمفهوم المستهلك لعدم تشبيه الغير المهني بالمستهلك.

فنلاحظ أن القضاء الفرنسي أتى بمفهوم جديد لغير المهني، فهولا يعتبره محترفا ولا مستهلكا، فبعد سنة 1995 أصبحت محكمة النقض الفرنسية تستعمل في قراراتها صيغة جديدة في عدم إعتبار غير المهني مستهلكا، فلا يستفيد من قواعد الحماية كل شخص يبرم عقدا ذو صلة مباشرة مع نشاطه المهني.

وقد أخذت محكمة النقض هذا المعيار من التشريع المنظم للسعي التجاري الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1989، الذي أدرجه في المادة L.121/22 من قانون الإستهلاك ثم وسعت محكمة النقض من إستعماله بخصوص القواعد المتعلقة بالشروط التعسفية وكذا المتعلقة بالإئتمان الإستهلاكي والعقاري[3].

وبتبني محكمة النقض الفرنسية للمفهوم الموسع للمستهلك كما سبق وأن رأيناه، أدى إلى تطور مفهوم المستهلك والذي أصبح يتغير مع تغير نصوص الحماية، فمفهوم المستهلك في الحماية من الشروط التعسفية ليس نفسه بالنسبة للمواضيع الأخرى التي يتضمنها قانون الإستهلاك مما إستدعى إلى توحيد مفهوم المستهلك لتطبق عليه جميع نصوص الحماية المختلفة[4].

---

[1] Cass.Civ 15 avril. Bull. civ. In 90, p91.

[2] سلمة بن سعدي، المرجع السابق، ص22.

[3] محمد أمين سي الطيب، المرجع السابق، ص24.

[4] محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 65، 66.

الفرع الثاني: مفهوم المتدخل

يعتبر المتدخل الطرف الثاني في العلاقة الإستهلاكية وعلى عكس مفهوم المستهلك، فمفهوم المتدخل لم يثر أي إشكال في الوسط القانوني لذا سنتعرض للمفهوم الفقهي والتشريعي له **(أولا)** لنرى مختلف صوره **(ثانيا)**.

أولا: تعريف المتدخل

إذا كان المستهلك يتعاقد من أجل حاجات شخصية وعائلية فإن المتدخل يتعاقد لغاية تحقيق الربح بإستخدام كل إمكانياته لذلك مما يظهره الطرف الأقوى في العقد الإستهلاكي، فكيف عرفه كل من الفقه والمشرع ؟

1) التعريف الفقهي للمتدخل

وردت عدّة تعاريف فقهية بشأن مصطلح المتدخل، فهناك من عرفه" بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتعاقد في مباشرته لنشاط مهني ما، سواء كان هذا النشاط صناعيا أم حرفيا حرًّا أم زراعيا أو غير ذلك"[1].

فالهدف الذي يسعى إليه كل شخص هو الذي يسمح بتصنيفه إما بين المهنيين أو المستهلكين، فيعتبر المتدخل الشخص الذي يعمل لحاجاته المهنية كتاجر محل تجاري، كشراء سلعة لإعادة بيعها.والمهنة في قانون الإستهلاك لتعيين كل نشاط منظم لغرض إنتاج أو توزيع أو أداء خدمة.

وعرفه آخرون بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي ينتج أو يضع أو يقيم أشياء متطورة أيا كانت طبيعتها المعدة لإستعمال الغير[2].

ويرى البعض أن المتدخل هو كل شخص طبيعي أو معنوي، خاص أو عام والذي يظهر في العقد كمهني محترف، فهو شخص الذي يعمل من أجل حاجات نشاطه المهني سواء كان

---

(1) J.CALAIS- AULOY, Droit de la consommation, 3eme, édition, Dalloz, Paris, 1992, p 5.

(2) زاهية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، ص24.

تجاريا أو صناعيا أو زراعيا فيمتلك محلا تجاريا بقصد ممارسة نشاطه أو أن يشتري بضائع لإعادة بيعها[1].

ويلاحظ أن الفقه في تعريفه للمتدخل إستعمل مصطلحات متعددة كالمهني، المحترف، المنتج، المزود، معتمدا في ذلك على معايير لتحديد مفهومه وتتمثل في معيار الإحتراف ومعيار الربح ومعيار القوة[2].

أ. معيار الاحتراف لتحديد مفهوم المتدخل:

في غياب تعريف دقيق للإحتراف، إلا أن بعض الفقه عرّفه بأنه توجيه النشاط بشكل رئيسي وبصفة متكررة إلى القيام بعمل معين بقصد الربح، وعلى هذا فإن الإحتراف هو ممارسة الأعمال التجارية على سبيل التكرار وبإنتظام وبطريقة مستمرة وإتخاذها مهنة للحصول على مورد رزق، ويجب أن يأخذ الإحتراف شكل الإعتياد[3].

يختلف المقصود بالإحتراف في القانون التجاري على مفهومه في نطاق علاقات الإستهلاك،فالأول يُعتبر شرط لإكتساب وصف التاجر، أما في العقود الإستهلاكية فإن الشخص قد لا يعتبر تاجرا بمفهوم القانون التجاري، ولكنه يعتبر مهنيا في مواجهة المستهلك، أي لا يشترط توافر صفة التاجر، فيكتفي أن يعتاد الشخص القيام بالعمل المتعلق بمهنته، فإضافة الصفة التجارية لا يكفي فقط الإعتياد على القيام بالأعمال التجارية لأن الإعتياد يختلف عن الإحتراف وليسا في نفس الدرجة.

---

[1] مصطفى محمد أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، الطبعة ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص41.

[2] حفيظة بتقة، الإلتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، 2012-2013، ص37.

[3] ارزقي زوبير، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع مسؤولية مهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص ص 48، 49.

ب. معيار الربح لتحديد مفهوم المتدخل:

يعتمد على معيار الربح في القانون التجاري، وهو معيار هام في تحديد مفهوم التاجر، كما يساعد في تحديد مفهوم المهني في تعاقده مع المستهلك، ولكن صادف لجنة تنقيح قانون الإستهلاك بعض التردد فيما يخص الأخذ بهذا المعيار لتحديد مفهوم المهني لضرورة النظر أولا، إلى الحالات التي يكون هدفها الربح كما هو الشأن في التعاونيات التي لها أنشطة إقتصادية وتقوم بأنشطة خيرية، فهؤلاء لا يقصدون الربح إلا أنهم يعتبرون مهنيين، لأنهم يستعملون طرق لا تختلف من حيث الأساس عن الطرق المستخدمة من جانب الشركات التجارية.

ج. معيار القوة التقنية والاقتصادية لتحديد مفهوم المتدخل:

إعتمد البعض في تعريف المهني على عنصر القوة سواء التقنية أو الإقتصادية، ومن حيث الخبرة المعرفية، فالمهني المحترف هو" ذلك الشخص الذي يتمتع بعناصر من الأفضلية والتفوق وهي المقدرة التقنية، بحيث يكون على دراية تامة بما يقدمه من منتجات وخدمات والمقدرة الإقتصادية والقانونية بالتفوق على المستهلك"[1].

وما يؤخذ على هذا التعريف، إقتصاره على ذكر العلاقة بين المهني والمستهلك من الناحية الإقتصادية أكثر من الناحية القانونية.

2) المفهوم القانوني للمتدخل:

على غرار المشرع الفرنسي الذي لم يعرّف المحترف أو المهني تاركا الأمر للفقه والقضاء فالمشرع الجزائري أقدم على تعريف المتدخل في أكثر من موضوع بدءا بالقواعد العامة ثم أدرجها هذا المفهوم ضمن القواعد الخاصة.

[1] سلمة بن سعدي، المرجع السابق، ص26.

تناول المشرع المتدخل في القانون المدني[1] حين تحدث عن المسؤولية المدنية للمنتج، فجاءت المادة 140 مكرر منه تنص على أنه: < **يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه ولو لم تربطه بالمضرور علاقة تعاقدية**>.

وسع المشرع الجزائري من حلقة المسؤولية من الضرر الذي يصيب المتعاقد الآخر حتى وإن كان المتضرر ليس المتعاقد المباشر.

وأشار المشرع إلى تعريف المتدخل في القانون التجاري[2] في المادة الأولى بقوله: <**يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له**>.

أما في إطار القواعد الخاصة فقد أدرج المشرع الجزائري في القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في المادة 3 منه بأنه: < **كل منتجٍ أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها** >.

إضافة إلى هذا فإن المتدخل حسب المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتجات[3] عرّف بأنه <**هو منتج أو صانع بسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزّع وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتوج أو الخدمة الإستهلاكية**>، وهذا ما يدخل جميع عناصر السلسلة الإنتاجية ضمن مفهوم المتدخل.

أما حسب قانون المنافسة فإنه وحسب المادة 3 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم[4]، عرف المتدخل أنه <**كل شخص طبيعي أو معنوي مهما كانت بصفة دائمة**

---

[1] أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني,ج ر عدد 78 الصادر في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 جر عدد 31 الصادر في 13 ماي 2007.

[2] أمر رقم 75-59 ، المؤرخ في 26 سبتمبر,1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالقانون 05-02 المؤرخ في 06 فيفري 2005، ج ر عدد 11 الصادر في 09 فيفري 2005

[3] ألغي هذا المرسوم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المتعلق بشروط وكيفيات ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ المؤرخ في 26 سبتمبر 2013، ج ر عدد 49 الصادر في 02 اكتوبر 2013.

[4] أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43 الصادر في 20 جويلية 2003 المعدل والمتمم بالقانون 10-05 المؤرخ في15 اوت 2010 ج ر عدد 46 الصادر في 18اوت 2010.

نشاطات الإنتاج أو الخدمات أو الإستيراد>، وهو نفس ما جاء في قانون حماية المستهلك كون العون الإقتصادي شخص طبيعي، أو معنوي ينشط في عملية الإنتاج والتوزيع مهما كان الشكل الذي يتخذه الشخص، فردا أو مؤسسة أو شركة.

ويعد كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل أو يساهم في عملية عرض المنتجات للاستهلاك، متدخل في العلاقات الاستهلاكية، وهذا ما ذهبت إليه المادة 3/ف 7 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[1].

ثانيا: صور المتدخل

حاول المشرع الجزائري تحقيق حماية أوسع للمستهلك ليمكنه من الوصول إلى المسؤول المحدد[2]، وذلك بأن جعل مسؤولية المتدخل غير المنتج مسؤولية إحتياطية، فيمكن إعتبار المتدخل حسب ما جاء بنص المادة 3/ف7 من القانون رقم 09-03 أنه: المنتج أو الصانع الوسيط، التاجر، المستورد، الموزع، إضافة إلى بعض المتدخلين لم يتم ذكرهم في المادة لكن تطرقت إليها تشريعات أخرى، كالحرفي، المزود، المعني، المجهز والمركب.

وسنحاول معرفة مفهوم كل واحد من هؤلاء المتدخلين على التوالي:

1) المنتج: عرّفه المشرع الجزائري في الأمر رقم 76- 65[3] في المادة 1/ف3 في غياب تعريف له في القانون المدني بأنه: **<كل مشغل لمنتجات طبيعية وكل زارع أو صانع ماهر أو صناعي>**، وهذا ما أغفله في النصوص الخاصة بالإستهلاك، فإكتفى بتعريف الإنتاج في المادة 2/ف 5 من المرسوم رقم 90-39 المعدل والمتمم بأنه: "**جميع العمليات التي تتمثل في تربية المواشي والمحصول الفلاحي والجبني، والصيد البحري وذبح المواشي، وصنع منتوج ما وتحويله ومن ذلك خزنه في أثناء صنعه وقبل أول تسويق له**".

---

[1] قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك ومنع الغش ج ر عدد 15 صادر في 8 مارس 2009.

[2] J, GHESTIN et Bernard DESHEI, Traité des contrats la vente LGDJ, Paris, 1990,p939.

[3] أمر رقم 76-65 مؤرخ في 16 جويلية 1976 يتعلق بتسميات المنشأ ج ر العدد 59 الصادر في 24 جويلية 1976.

عرف الأستاذ علي فتاك المنتج، أنه كل ممتهن للتعامل في المواد التي تقتضي منه جهدا واهتماما خاصين، فيكون له دور في تهيئتها ونشأتها أو صنعها وتوحيدها ومن ذلك خزنها أثناء صنعها وقبل أي تسويق لها[1].

والبعض الآخر عرّف المتدخل أنه من يمارس نشاط مهني على وجه الإحتراف بهدف الحصول على الربح[2]، ولكن بالرجوع إلى المشرع الفرنسي نجده وسع من المفهوم المنتج والمسؤولية وجعلها تشمل مراحل الإنتاج والتوزيع، فيشمل كل محترف أو صانع منتوج في شكله النهائي، أو منتج المادة الأولية أو صانع جزء من الأجزاء التي يتركب منها المنتوج أوكل من يقدم نفسه أنه منتج سواء بوضع تسمية على المنتوج أو خلاصته أو أي علامة تميزه.

خلافا لما جاء به المشرع الجزائري في المادة 140 مكرر ق م ج على أن المسؤولية تقع فقط على المنتج النهائي بهذا قد يكون حقيقي وقد يكون شبيه منتج وقد يتعدد المنتجين:

✓ **فيعتبر المنتج حقيقي** كل من صنع منتوجات نهائية، فيكون هذا كسبب أصلي في عملية الإنتاج، فالمنتج يحمل إسمه فيكون المسؤول عما سببه من ضرر للغير، فعليه تقع أغلب الإلتزامات المتعلقة بسلامة مستخدمي المنتوج، كالإلتزام بالإشراف والرقابة، والإلتزام بالنصيحة والتحذير.

أما منتج المادة الأولية (التي لم تخضع لتحويل صناعي كالمواد الزراعية) يكون مسؤولا عن عيوبها، كتصدير لحوم حيوانات مصابة بمرض من قبل.

أما صانع الجزء المركب في منتوج مركب ففي ظل التقدم الصناعي قد تكون بعض الأجزاء المركبة لمنتوج ما من صناعة منتج آخر، فلا يؤخذ فقط بالمنتج النهائي بل يجب

---

(1) علي فتاك، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتوج، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص414.

(2) فتيحة حدوش، ضمات سلامة المستهلك من المنتوجات الخطيرة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة بومرداس، 2009-2010، ص15.

إعتبار كل جزء مركب من مركبات المنتوج النهائي على أنه مستقل بذاته يشكل منتوجا وبالتالي يطبق على صانعه ذات القواعد المطبقة على صانع المنتوج النهائي[1].

✓ **تعدد المنتجين:** بالرجوع للقانون المدني نجد أن التمييز الموجود بين المنتجين كان لغاية تحديد المسؤول عن الضرر الذي قد يلحق المستهلك من جراء إستعمال المنتوج بالتضامن بينهم[2]، فتكون المسؤولية بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل واحد منهم من الإلتزام بالتعويض. وإذا كان السبب أجنبي ولا دخل للمنتج فيه فتطبق القواعد العامة المنصوص عليها في المادة 127 ق م ج.

✓ **شبه المنتج:** هو من يضع إسمه وعلامته الصناعية أو علامة مميزة ينسب المنتوج إليه، بينما الحقيقة خلاف ذلك وحفاظا على الوضع الظاهر وحماية المتعامل حسب النية، فإنه يعامل معاملة المنتج الحقيقي لأنه يتماشى مع الأهمية التي أولاها المشرع لفكرة إطلاق السلعة في التداول وإعتبارها أحد الشروط الهامة لقيام المسؤولية[3].

2) الصانع: عكس المنتج الذي يكون إنتاجه للمادة الأولية، فإن الصانع يحول هذه المادة الأولية إلى سلع تامة الصنع أو نصف مصنعة ليتم إستهلاكها من الأفراد، فُعرف على أنه: **الشخص الذي ينجز بحكم حرفته أو صناعته أعمالا متكررة تستوجب توفير معارف تقنية تتطابق ومقتضيات العلم**[4].

أيضا إعتبروه البعض أنه: **الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي ينشأ أشياء لمهارات فنية تتمشى مع معطيات العلم، التي تكون في متناول يديه حقيقة أو ظاهريا بواسطة غيره والذي يفترض أنه قد حاز ولو بدرجات متفاوتة ثقة أقرانه في كفاءاته**[5].

---

[1] علي فتاك، المرجع السابق، ص 415.

[2] كما نصت عليه المادة 126 من ق م ج: "أذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الإلتزام بالتعويض"

[3] سلمة بن سعدي، المرجع السابق، ص 30.

[4] علي فتاك، المرجع السابق، ص418.

[5] عبد الرزاق بلنوار، «المهني والمستهلك طرفان متناقضان في العلاقة الاستهلاكية» ، دراسة في ضوء القانون الجزائري والفرنسي، مجلة شمال افريقيا، جامعة بشار، الجزائر، ص 288.

3) الوسيط: لم يعرّفه المشرع الجزائري، غير أن المحكمة العليا وفي قرار لها صادر في 30 ديسمبر 1990، عرفت السمسار أنه: "كل شخص طبيعي أو إعتباري يحمل أو يحاول الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على مكافئة أو ميزة من أي نوع كانت عند تحضير أو تفاوض وإبرام أو تنفيذ صفقة"[1]. فالوسيط إذن يكون همزة وصل في تصريف المنتوج سواء بالوكالة أو الإنابة.

4) الحرفي: هو الشخص الذي يتولى بتقنية مباشرة تنفيذ العمل وإدارة نشاطه وتسييره ويتحمل مسؤوليته بمفرده أو يكون مسجل في سجل البضاعة التقليدية، فقد يكون شخص طبيعي متمثلا في الحرفي وقد يكون شخص معنوي كتعاونية الصناعة التقليدية.

5) المستورد: هو شخص يقوم بجلب المنتوج من خارج القطر على سبيل الإحتراف[2].

لم يعرف المشرع الجزائري المستورد بل إعتبر الاستيراد[3] عملية تدخل ضمن إطار التسوق لقوله: "مجموع العمليات التي تتمثل في خزن كل المنتوجات بالجملة ونصف الجملة ونقلها وحيازتها وعرضها قصد البيع أو التنازل عنها مجانا ومنها الإستيراد والتصدير وتقديم الخدمات".

6) موزع: يقوم بإيصال أو نقل السلع من المنتج أو الصانع أو المستورد الأول إلى يد الباعة بالجملة أو نصف الجملة. ويقتصر دوره على توزيع المنتجات ذات الصنع المحلي وقد يمتد إلى توزيع المنتجات الأجنبية سواء أدخلها بنفسه أو عن طريق المستوردون، كما يمكن للمنتج أو الصانع أن يقوم بعملية التوزيع بأنفسهم[4].

---

[1] قرار 30 ديسمبر 1990، نقلا عن نوال شعباني، المرجع السابق، ص18.

[2] سلمة بن سعدي، المرجع السابق، ص 31.

[3] نظم المشرع الجزائري عمليات الاستيراد والتصدير في الأمر رقم 03-04 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها، ج ر عدد 43 الصادر في 20 جويلية 2003.

[4] عبد الرزاق بلنوار، المرجع السابق، ص 229.

7) المجهز أو المركب: مهمته تتمثل في تركيب أو تثبيت بعض المنتجات كالأجهزة الكهرومنزلية (أجهزة التدفئة مثلا) التي يقتنيها المستهلك من البائع، وهذا نظرا لكون تركيب هذه المنتوجات معقد وخطير يصعب على المستهلك العادي أن يقوم بها.

8) المورد: عرّفه المشرع المصري في القانون رقم 06-67 المتعلق بحماية المستهلك بأنه كل شخص يقوم بتقديم خدمة أو إنتاج أو إستراد أو توزيع أو عرض أو تدخل أو الإيجار في أحد المنتجات أو التعامل عليها وذلك بهدف تقديمها إلى المستهلك أو المتعاقد معه عليها بأية طريقة من الطرق[1].

9) المزود: هو الشخص الذي يقوم بممارسة نشاط بإسمه أو لحساب الغير، يشمل التوزيع أو التبادل أو تصنيع أو تأجير السلع أو تقديم خدمات.

10) المعلن: هو يقوم بإشهار منتجات بوسائل الدعاية والإعلان المختلفة سواء المرئية منها أو المكتوبة.

11) المصنع: يقوم بتجميع المواد الأولية وتحويلها إلى سلع ومنتجات قابلة للإستهلاك في صورتها المبسطة.

[1] سلمة بن سعدي، المرجع السابق، ص 32.

المطلب الثاني

نطاق تطبيق الشروط التعسفية من حيث الموضوع

إذا كانت دراسة مفهوم كل من المستهلك والمتدخل كافي لتحديد نطاق التطبيق الشخصي للشروط التعسفية، فإن هذا غير كاف لتحديد الأحوال التي تطبق فيها هذه الشروط، فيستلزم تحديد طبيعة العقود التي يمكن أن تتضمن شروط يمكن التصريح بطابعها التعسفي، فلا يمكن الجزم بأن كل العقود المبرمة بين المستهلك والمحترف تحتوي على شروط يمكن وصفها بالتعسفية.

بالعودة إلى نصوص القانون رقم 04-02 في المادة 3/ف 5 منه[1]، نجد أن المفهوم المقصود بالعقد هو عقد الإذعان، وعلى هذا يتحدد نوع العقود التي يشملها نطاق تطبيق الشروط التعسفية ألا وهي المبرمة بطريقة الإذعان، وما يفهم من إعادة المشرع لنفس التعريف للعقد في مواد أخرى، أن العقود المعنية بالشروط التعسفية هي وحدها عقود الإذعان **(الفرع الأول)**، وان وجد في الفقه من ناد بمبدأ تمديد الحماية من الشروط التعسفية إلى العقود التي تتم بالمساومة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: عقود الإذعان.

لا يكفي أن يكون العقد محرر مسبقا من طرف البائع لتحقيق حماية المستهلك تجاه ما يتضمنه من شروط تعسفية، لأن العقد المطبوع لا يشكل وحده عقد إذعان وإنما يجب أن يذعن المستهلك لإرادة البائع نظرا للتطور الإقتصادي الذي وسع من نطاق عقود الإذعان.

ويقول البعض أن لسبب تراجع مبدأ سلطان الإرادة يرجع إلى تعسف في الحرية التعاقدية الذي مورس في سياق إجتماعي-إقتصادي سمح بإستغلال الأقوياء للضعفاء[2]، عن طريق تميز احد الأطراف عن الأخر بمنحة التفرد بسلطة إحتكارية للمنتوج أو الخدمة، وبهذا سمح له

---

[1] تنص المادة 5/3 من القانون رقم 04-02 "شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شانه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

[2] STARCK.B, Droit civil Obligation, Librairies Technique, 1972, p346

من جعل العقود التي يبرمها عقود غير تفاوضية فأصبح نموذجي معد مسبقا، فالحرية الإقتصادية أدت إلى الحد من الحرية التعاقدية فكان من نتائجها عقود الإذعان[1].

سوف نتطرق إلى تعريف عقد الإذعان بتبيان بعض الخصائص التي تميزه عن باقي العقود **(أولا)**، ثم إلى بيان طبيعته **(ثانيا)**.

أولا: تعريف عقد الإذعان

أجمع الفقه على أصل تسمية عقود الإذعان[2]، إلا أنهم إختلفوا في إعطاء تعريف له بسبب عزوف أغلب التشريعات عن وضع تعريف لعقد الإذعان، فتنازع في هذا المقام إتجهان حول تحديد نطاق عقود الإذعان.

1) التعريف الفقهي

ظهر بشأن تعريف عقد الإذعان إتجاهين فقهيين، الأول تقليدي يضيق من مفهوم عقود الإذعان والأخر وسع من مفهوم عقود الإذعان وهو الرأي الحديث.

أ. التعريف التقليدي: أبرز التعريفات الواردة بعقد الإذعان في هذا الشأن هي أن:

عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الإحتكار الفعلي أو القانوني شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة، ويوجهها إلى الجمهور بصفة دائمة بقصد الانضمام إليه ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة[3].

---

[1] محفوظ بن حامد لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص10.

[2] يعتبر الفقيه الفرنسي "ساليي" SALEILLES أول من قال تسمية Les contrats d'adhésion ويعني عقود الانضمام وهذا في كتابه (الإعلان عن الإدارة)، أما التسمية العربية فهي تعود للفقيه السنهوري حيث يقول "وقد أثرنا أن نسمي هذه العقود في العربية بعقود الإذعان لما يشعر هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول وقد صادفت هذه التسمية رواجا في اللغة القانونية من فقه وقضاء وانتقلت إلى التشريع الحديث".

[3] محفوظ بن حامد لعشب، المرجع السابق، ص 27.

وعُوف أيضا على أنه، العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل إحتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها[1].

ما يؤخذ على هذا التوجه هو حصر عقود الإذعان في مجال ضيق كعقود التزود بالماء أو الكهرباء أو الغاز، بإعتبار هذه المنافع ضرورية إلى حد ما، ومن يشرف على تقديمها يحتكرها إحتكار قانوني.والعقود المبرمة التي يكون موضوعها هذه المنافع عادة ما تكون في نموذج موحد لا يقبل التعديل، وليس أمام المتعاقد عليها إلاّ القبول بدون نقاش أو رفض التعاقد[2].

ونظرا لغياب حق المناقشة، ذهب بعض الفقه إلى المطالبة بإعتبار هذه العقود نظاما قانونيا مستقلا أكثر من عقد، بحكم عدم تساوي الإرادتين، فإحداهما تملي والأخرى تذعن[3].

ولهذا حدث تغيير في مفهوم عقود الإذعان، أملته الظروف الإقتصادية والتطور الذي لحق بالنمط الإستهلاكي، بحيث لم تعد تقتصر عقود الإذعان على العقد الذي يكون محله ضروريا ولا على إشتراط أن يكون المحترف محتكرا لسلعة أو خدمة، وهذا ما أدى إلى ظهور إتجاه حديث لمفهوم عقد الإذعان.

ب. التعريف الحديث: وسع الفقه –الفرنسي خاصة– من دائرة عقود الإذعان، وهذا محاولة منه لتحقيق أعلى حماية للطرف الضعيف في العقد، فلحق هذا التغيير مفهوم عقد الإذعان، فعُوف حسب هذا الاتجاه الفقهي كما الآتي:

هي عقود محررة إنفراديا من أحد أطراف العقد، وليس أمام الطرف الأخر إلا الخضوع لها دون أن يكون له سلطة حقيقية في تعديلها[4].

---

[1] عبد المنعم فرج صده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، مصر، 1974، ص 120.

[2] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 26.

[3] علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط2، موفم للنشر والتوزيع، 2005، ص 60.

[4] راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 97.

وأضاف بعض الفقه إلى هذا التعريف بعض الشكليات التي قد يتم فيها عقد الإذعان، فقد يرد العقد في شكل وثيقة مكتوبة وما على المستهلك إلا التوقيع عليها، وقد تأتي في صورة شروط عامة، في شكل مطويات أو ملفات تعرض على واجهة المحلات[1].

فإذن توجد الكثير من العقود التي تتم بطريق الإذعان، رغم أنها لا تتعلق بسلع أو خدمات ضرورية، ولا يحتكر فيها طرف هذه السلعة، كعقود البيع بثمن محدد في المحلات العامة وبيع الأجهزة الكهربائية، ووكالات بيع السيارات، وكذا العقود المبرمة مع وكالات السفر، الفنادق، المطاعم، إلى غيرها من العقود الغير القابلة للتفاوض.

فحياة الفرد المعاصر مليئة بالعقود التي تتم عن طريق الإذعان، التي وببساطة أصبحت سارية على العديد من العقود البسيطة منها والمركبة، حتى وإن كان الطرف القوي ليس محتكرا لسلعة أو خدمة وان يكون الطرف الضعيف غير محتاج لها.

2) التعريف التشريعي

أولى المشرع الجزائري أهمية لهذا النوع من العقود سواء في القواعد العامة أوفي نصوص القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فجاء ذكر عبارة الإذعان في القانون المدني عند الحديث عن تفسير العقد في المادة 70 منه كما يلي:

" يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

فحسب هذه المادة فإن لعقد الإذعان ثلاث خصائص في القانون المدني وهي:

- أن يتضمن العقد شروطا معدة سلفا من قبل الموجب.

- أن هذه الشروط لا تقبل المناقشة، بحيث تقع خارج دائرة التفاوض.

---

[1] H.BRICKS ,opcit, pp 5, 6.

– أن يتم القبول في هذا النوع من العقود بمجرد التسليم بمضمونها جملة وتفصيلا[1].

فعلى عكس ما جاء به التعريف التقليدي من شروط لتعريف عقد الإذعان، فان المشرع ما إعتبره مهم هو الكيفية أو الطريقة التي يتم بها التعاقد، فيما إذا كان للقابل خيار المناقشة والتفاوض وبالتالي مشاركته من عدمها في صياغة شروط العقد، فمتى توفر هذا الشرط إنتفى وصف الإذعان.

أما في القانون رقم 04-02 وعلى عكس القانون المدني فقد نص بتعريف لعقد الإذعان في المادة 3/ف5 منه، وهو نفس التعريف الذي أعاده المرسوم التنفيذي رقم 06-306، في المادة 1/ف2 منه وجاء تعريف عقد الإذعان على النحو التالي: "كل إتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الأخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

ومن خلال هذا التعريف نلاحظ أن:

– المشرع حدد موضوع عقد الإذعان ومحله بيع سلعة أو أداء خدمة، بخلاف من يرى قصور من جهة المشرع على إعتبار موضوع عقد الإذعان بيع سلعة، وأن عقود الإذعان متعددة تعدد عقود الإستهلاك، فالمشرع حسب التعريف لم يكتف بالبيع فقط، وإنما أشار إلى تأدية خدمة، رغم هذا يؤخذ على هذا التعريف عدم إستيعابه لجميع عقود الإستهلاك والتي لا تعدو أن تكون إقتناء سلعة أو تأدية خدمة.

– أشار المشرع إلى غياب حق التفاوض والمناقشة الحقيقية لبنود العقد، وهو نفس ما ذهب إليه المشرع المدني، إلا أن هذا التعريف أكثر دقة كونه أورد مصطلح "تغيير حقيقي فيه" وهذا ما يستبعد عدم نفي وصف الإذعان إذا ما كان التغيير طفيف، فلابد أن يكون حقيقي[2].

– إستبعد المشرع صراحة العقود الشفوية، فالشرط في العقد يكون مكتوبا محررا، وقد خفف من شكل الكتابة أو الطريقة التي يتم بها تحرير العقد حتى لا يتحجج أحد بتعقيدها أو تكلفتها

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 61.

[2] راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 99.

بالإضافة إلى أن توثيق المعاملات نوع من الحفاظ على الحقوق التي تهدر إن تم التعاقد عليها شفاهة، هذا من جهة المصلحة الخاصة.

أيضا اشتراط تحرير العقد كتابة نوع من تحقيق المصلحة العامة وهذا من خلال توفير سندات ووثائق تساعد هيئات الرقابة على تتبع نشاط المحترف وتعاملاته وتمنع أي محاولة للتهرب الجبائي والمالي.

ونستخلص من التعريف الذي أورده المشرع في القانون المدني أوفي القانون رقم 04-02، أن المشرع تبنى الإتجاه الموضوعي في وضع تعريف عقد الإذعان بعيدا عن أي إعتبارات شخصية مرتبطة بالإذعان أو بالطرف المذعن وذلك بربطه لمفهوم الإذعان بمجموعة من العناصر سهلة الإحاطة والإدراك[1].

ثانيا: طبيعة عقد الإذعان

إختلف الفقهاء حول طبيعة عقود الإذعان فإنقسموا إلى مذهبين رئيسيين:

المذهب الأول يرى أن عقود الإذعان ليست عقودا حقيقية، بمعنى أن العقد هو توافق إراداتين عن حرية وإختيار، أما في عقد الإذعان فالقبول مجرد إذعان ورضوخ دون مناقشة بنوده[2].

فذهب بعض فقهاء القانون العام إلى إنكار وصف العقد على عقد الإذعان، وإعتبروه مركز قانوني منظم تشبه إرادة منفردة يصدرها الموجب فيكون بمثابة قانون أو لائحة[3] يفسر ما يفسر كل من القانون واللائحة فيخضع الأطراف إلى إتباعها شأنها شأن القانون.

أما المذهب الثاني من الفقه وهو الغالب، فيرى أن عقد الإذعان عقد حقيقي يخضع للقواعد التي تطبق على سائر العقود، ومهما كانا المتعاقدين غير متساويا القوة، فهذا بالنظر على أنه

---

[1] راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 100.

[2] سلمة بن سعدي، المرجع السابق، ص 44.

[3] محمد بودالي، الشروط التعسفية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 15.

ظاهرة إقتصادية وليست قانونية.ومهما بلغ الضغط الذي يمليه الطرف القوي على الطرف المذعن، فإنه لا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا أو على الأقل يقيده[1].

فالقاضي لا يمكن أن يفسر كما يشاء حفاظا على إستقرار المعاملات، فعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد عن عقد حقيقي وإنما محاولة تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الطرف القوي وذلك بوسيلة إقتصادية، فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة العنف من جانب المحتكر، أو بوسيلة تشريعية بتدخل المشرع لا القاضي لينظم عقود الإذعان[2].

الفرع الثاني: عقود المساومة

يعتبر عقد المساومة النموذج التقليدي للعقود، حيث يتمتع كل متعاقد بحرية كاملة في وضع شروطه وبنوده، وتقديم عروض كمناقشة لهذه الشروط من طرف المتعاقد الثاني[3]، فكلا المتعاقدين يساهم في وضع الإتفاق بحيث يحددان معا شروط العقد بعد المفاوضات والمناقشات لبنود العقد[4]، فتتم برضا حر من كل متعاقد وبذلك تخضع للقواعد العامة[5].

لا يجوز للقاضي أن يعدل من شروطها أو أن يعفي أحد المتعاقدين لأن العقد شريعة المتعاقدين(المادة 106 ق.م.ج)، كما أن الشك يؤول لمصلحة المدين(المادة 2/112 ق م ج) عكس عقود الإذعان أين يؤول الشك لمصلحة المذعن[6].

بالرغم من أن عقود الإذعان هي المجال الخصب للشروط التعسفية فإنه توجد بعض عقود المساومة تتضمن شروط تعسفية، فبخصوص هذا يمكن طرح تساؤل حول ما إذا تمتد الحماية من هذه الشروط التعسفية إلى العقود التي تتم بطريق المساومة؟

---

[1] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 15.

[2] سلمة بن سعدي، المرجع السابق، ص 45.

[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص ص 59، 60.

[4] غنية قري، نظرية الإلتزام، ط1، دار قرطبة للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، 2007، ص 22.

[5] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 26.

[6] راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 106.

وإن كانت الإجابة واضحة في ظل القانون الجزائري رغم معارضة بعض الفقه، ألا أنها ليست كذلك بالنسبة للتشريع الفرنسي.

فسنتطرق لموقف المشرع الفرنسي(**أولا**) من إعتبار عقود المساومة عقود تتضمن شروط تعسفية ومنه إمكانية توفير الحماية ضدها، لنقف عند موقف المشرع الجزائري (**ثانيا**) من هذه العقود.

أولا: موقف المشرع الفرنسي

على خلاف التوجيه الأوروبي رقم 93-13 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المستهلكين، الذي كان واضحا في مسألة عدم مد الحماية إلا للشروط التي قد تدرج في عقود الإذعان(المادة 3 فقرات 1، 2، 3، 4)، فالمشرع الفرنسي لم يحصر الشروط التعسفية في نطاق عقود الإذعان[1]، سواء طبقا للقانون 1978 أو للقانون 1995.

فبالنسبة لقانون 1978 تضمن مشروع هذا القانون النص الأتي: "العقود المبرمة بين المستهلك والمحترف في شكل نموذج معروض عادة من قبل هذا الأخير، ولا يمكن للمستهلك تعديله"[2].

وإقترح مجلس الأمة عبارة "عقود الإذعان" في حين لاقى المجلس الشعبي الوطني صعوبة في وضع تعريف دقيق لها، ليتم في النهاية إستبعاد هذا النوع من العقود كلية ، وأكد ذلك نص المادة 3/35 من القانون نفسه التي إقترحتها لجنة التشريع بمجلس الأمة،

جاءت الفقرة 3 السابقة بصياغة عامة تجمع كل العقود، وهذا ما يؤكد الطابع الواسع لنطاق تطبيق القانون وأن عبارة "على وجه الخصوص" تدل على الطابع التمثيلي لا الحصري للإشكال التي يفرغ فيها العقد بغض النظر عما إذا كان إذعان أو مساومة، وإن وجد من الفقه

---

[1] A.KARIMI, Les clauses abusives et la théorie de l' abus de droit, LGDJ, 2001, p 228

[2] راضية العطياوي، المرجع السابق، ص ص 101، 102.

من يرى أن المقصود هو عقود إذعان ويفهم من ذلك من عبارة "عندما يظهر أن تلك الشروط مفروضة على غير المحترفين أو المستهلكين"[1].

وبالنسبة لقانون 1995 المتعلق بقانون الإستهلاك فإن المادة L 132-1 فقرة 4 منها تنص على أن نصوص هذا القانون تطبق على الإشتراطات التي تم التفاوض بشأنها بصورة حرة وهذا ما نجده في عقود المساومة.

وبالنظر للفقه الفرنسي نجده إنقسم بهذا الشأن إلى وجهتين، **الأولى**[2] ترى بأن نطاق الحماية من هذه الشروط التعسفية تتعدى حد عقود الإذعان، فيمتد إلى العقود التي تتم بطريقة المساومة، وهذا الإتجاه هو رأي أغلبية الفقه التي ترى بإمكانية مد نص المادة L 132-1 إلى أي عقد[3].

أما الرأي الثاني[4] **فمفاده** أن الحماية ضد الشروط التعسفية تقتصر على عقود الإذعان دون سواها، فأكد البعض على أن المقصود بعقود الإستهلاك هي عقود الإذعان.

وإذا قارنا من الأكثر حماية بين التوجيه الأوروبي والقانون الفرنسي، نجد أن القانون الفرنسي هو الأكثر حماية بحكم أنه لم يحدد العقود التي يمتد إليها تطبيق القانون 1995، وذلك يعني بطلان بعض الشروط التعسفية التي يكون وجودها إما تسلط المهني أو جهل المستهلك ولم يتعلق الأمر بعقود المساومة[5].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

بتمحيص التعريف الوارد في الفقرة 5 من المادة 3 من القانون رقم 04-02 وما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، نجد أن المشرع الجزائري

---

[1] راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 102.

[2] الفقيه J.CALAIS-AULOY حيث كتب ان العقود المبرمة بين المهني وغير المهني، اوالمستهلك، هي في الغالب عقود إذعان، وهوإمكانية أن تكون هذه العقود عقود مساومة ما دام ان الغالب هوورودها في عقود الإذعان.

[3] A.KARIMI,opcit, p251

[4] الفقيه H.BRICKS الذي يؤكد بان المقصود بعقود الاستهلاك هي عقود إذعان.

[5] راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 103.

صرح بشكل لا يدعو للشك أن نطاق التطبيق المادي للشروط التعسفية يقتصر على العقود التي تتم بطريق الإذعان، مع إستبعاده لجميع عقود المساومة التي تظل خارج نطاق تطبيق هذا القانون ولو تضمنت شروط تعسفية.

في الوقت الذي رأى فيه بعض الفقه الجزائري[1] بضرورة مد تطبيق قواعد القانون رقم 04-02 إلى عقود المساومة، وهذا لتوسيع نطاق الحماية ضد الشروط التعسفية، بحجة أن المشرع تبنى من جهة الإتجاه الواسع فيما يتعلق بالنطاق الشخصي لتطبيق الشروط التعسفية، ومن جهة ثانية، يتبنى المفهوم الواسع لعقود الإذعان، الأمر الذي يتعين منه عدم التوسع أكثر في نطاق التطبيق المادي.

ومن جهة ثالثة[2] فإن الغاية من مكافحة الشروط التعسفية هو تحقيق التوازن العقدي الذي يمكن أن ينجر عن تضمين أحد الشروط بطريقة تعسفية، ومتى تمكن المستهلك من تحقيق هذه الغاية بتمتعه بحرية التفاوض فلا داع لهذه الحماية.

[1] محمد بودالي، الشروط التعسفية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 82.

[2] راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 104.

الفصل الثاني

آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية

الفصل الثاني

آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية

الحماية من الشروط التعسفية هي تلك الطرق والوسائل المتوفرة في القواعد العامة والتي تسمح بتعطيل أو إبطال أنواع من الشروط غير المحددة سلفا، والتي تقع ضمن طائلة النص المعتمد عليه.

إعتمد المشرع الجزائري على المادة 110 من ق م ج، لإعطاء القاضي صلاحية التدخل بالتعديل أو الإلغاء الشروط الواردة في العقود التي يرى أنها تخل بالتوازن العقدي، وما يأخذ عليه انه خروج عن القاعدة لأن هذه الشروط مجالها الخصب يكون في عقود الإذعان. يضيف إلى هذا انه هناك بعض التقنيات يمكن من خلالها توفير بعض الحماية للطرف الضعيف من الشروط التعسفية، فرغم وجود بعض النظريات نجدها في القانون المدني بإمكانها أن تؤمن التوازن العقدي إلا أنه يتم تقييد مجال تطبيقها وعدم الإشارة إليها في مجال الإستهلاك.

بمراجعة عيوب الإرادة يتضح عدم فعاليتها وقصورها على تحقيق الحماية من الشروط التعسفية. فنجد أن الحماية من الشروط التعسفية لا تكفي لإعادة التوازن العقدي المختل خاصة في العقود التي لا ينطبق عليها وصف الإذعان وذلك لتطور الحياة الاقتصادية ومزامنتها مع تطور العلاقة التعاقدية وأضحى من الممكن أن يشمل خطر الشروط التعسفية حتى عقود المساومة رغم أن هذه الأخيرة من العقود التي لم يتم التصريح قانونا بالحماية من الشروط التعسفية فيها، فنظرية الإذعان غير كافية لمواجهة مشكلة حماية المتعاقدين من هذه الشروط التعسفية.

أوجدت القواعد المعاصرة لحماية المستهلك في ظل الظروف الاقتصادية التي فرضت تحديث الحماية لتتلاءم مع هذه الظروف، طرق جديدة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية فتعددت طرق الحماية وهذا بوضع رقابة على الشروط التعسفية **(المبحث الأول)** وكذا وضع أساليب تعداد هذه الشروط ليتم مواجهة الاختلال العقدي الناجم عن هذه الشروط **(المبحث الثاني)** بوضع جزاء عقابي.

المبحث الأول

الرقابة على الشروط التعسفية

فرضت الظروف الاقتصادية وجوب استحداث طرق جديدة تتلاءم مع المفهوم الحديث لعقود الاستهلاك بشكل عام مع حداثة مفهوم المستهلك فرغم المحاولة التي قامت بها التشريعات للحد من هذه الشروط التعسفية من خلال القواعد العامة والخاصة إلا أنها لم تحد من التعسف الممارس من طرف المهنيين.

ولهذا تم إيجاد سبل كفيلة لحماية المستهلك من إدراج الشروط بطريقة تعسفية، فسعت أغلب التشريعات إلى فرض رقابة بكل الوسائل التشريعية منها والإدارية فكان إيراد قوائم محددة للشروط التعسفية **(المطلب الأول)** ابرز أسلوب تشريعي اعتمد عليه، لذا تداول الإلمام به بدراسة في التشريع الفرنسي والجزائري، لننتقل إلى الأسلوب الإداري **(المطلب الثاني)** كأسلوب لتحديد الشروط التعسفية والتوصيات التي تصدرها لجان الشروط التعسفية.

المطلب الأول

الأسلوب التشريعي (نظام القوائم)

كان القانون الألماني الصادر في 9 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود، أول ظهور لما يسمى الرقابة على الشروط التعسفية، وتلاه بعد ذلك المشرع الفرنسي بإصداره قانون 10 جانفي 1978 المسمى Loi SCNIVNER **(الفرع الأول)** وتأثرت به بعد ذلك اغلب التشريعات منها الجزائر **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: الرقابة التشريعية على الشروط التعسفية في القانون الفرنسي

لم يتبع المشرع الفرنسي نهج نظيره الألماني الذي وضع قائمتين للعقود التعسفية الباطلة، فالأولى سوداء تضم الشروط التعسفية بالضرورة، أما القائمة الرمادية فتضم شروط يفترض أنها تعسفية.

وإنما إختار المشرع الفرنسي نظاما تتعدد فيه مصادر قوائم الشروط التعسفية وباختلاف الالتزام القانوني لكل مصدر من المصادر[1]، حيث أن المصدر الأول لمنع الشروط التعسفية هو ما قد تصدره الحكومة من مراسيم **(أولا)** وثانيا القوائم الملحقة بقانون الاستهلاك **(ثانيا)** لنرى في الأخير القيمة القانونية لهذه القوائم المحددة للشروط التعسفية **(ثالثا)**.

أولا: تحديد الشروط التعسفية بموجب مرسوم

تناول المشرع الفرنسي في كل من المادة L.35 من قانون 1978 والمادة L.132 فقرة 1 من قانون الاستهلاك لسنة 1993 الشروط التعسفية لكونها الشروط التي تفرض على المستهلكين أو غير المهنيين من خلال التعسف في استخدام النفوذ الاقتصادي والميزة الفاحشة التي يحصل عليها المهني كنتيجة لاستعماله التفوق الاقتصادي، فيفرض الشروط التعسفية على غير المهني أو المستهلك[2]. فجاءت المادة L.35 من قانون 1978 بمجموعة من الشروط تعتبر تعسفية فالقائمة شملت شروط تتعلق بـ:

- تكوين العقد وتعيين الثمن وقابليته لتعيين.
- شروط تنفيذ العقد وتسليم الشيء المبيع.
- شروط الفسخ وانفساخ وتجديد العقد.
- شروط خاصة بالمسؤولية وبتحمل المخاطر وضمانات عقد البيع.

إتفق الفقه الفرنسي بان هذه الشروط واردة على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال، بهدف مقاومة شروط تعسفية معينة وليس لضمان التعادل الكلي بين الأداء والثمن[3].

كما أنها تطبق على جميع العقود أيا كان شكلها أو سندها، على خلاف ما ذهب إليه التشريع الألماني المتعلق بالشروط العامة للعقود الصادر بتاريخ 9 ديسمبر 1976 والذي حصر الحماية على عقود الإذعان[1].

---

[1] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 27.

[2] عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، ب ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 102

[3] المرجع نفسه، ص 89.

ومنذ بدء العمل بالمراسيم (نظام) في عام 1978 لم تصدر الحكومة الفرنسية إلا مرسوما واحدا لتطبيق المادة 35 والمؤرخ في 24 مارس 1978[2] الذي نص على ثلاثة شروط تعسفية في المادة الأولى منه:

- منع الشروط التي تنص على إذعان المستهلك لاشتراطات تعاقدية مثل اللائحة، أو الشروط العامة للبيع وغيرها والتي لا تظهر على الوثيقة التي يوقعها.
- منع الشرط الذي يستبعد أو ينقص حق المستهلك في التعويض عن إخلال المحترف بالتزام من التزاماته، كما هو الحال بالنسبة للشروط التي ترمي إلى إعفاء المحترف من المسؤولية عن التأخير في التسليم، ويقتصر المنع على الشروط الواردة في عقد فقط دون عقود أداء الخدمات.
- منع الشرط الذي يحتفظ بموجبه المحترف بحق تعديل من جانب واحد لخصاصة المال أو الخدمة التي سيقدمها ويتميز هذا المنع عن سابقه بشموله لجميع العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي الغي النوع الأول في نص المادة L.1 من مرسوم 24 مارس 1978 السالفة الذكر، على أساس أن الشروط المتعلقة بتكوين العقد لا تظهر أولا توجد في التعداد ألحصري للمادة 35 من قانون 1978 أي على الوثيقة التي يوقعها.

ثانيا: تحديد الشروط التعسفية عن طريق قائمة ملحقة بقانون الاستهلاك

أضاف المشرع الفرنسي في عام 1995 ملحقا بقانون الاستهلاك يتضمن قائمة بيانية وغير حصرية لشروط اعتبرها تعسفية، وهي قائمة استرشادية مستوحاة من التوجيه الأوروبي لسنة 1993 المتعلق بالشروط التعسفية.

وما أوخذ على هذا الملحق انه يفتقر للقوة الإلزامية التي تتميز بها المراسيم وأيضا إلى تحمل المدعي (المستهلك) عبء إثبات الطابع التعسفي للشرط المتضرر منه[3].

---

[1] درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص 217.

[2] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 28.

[3] أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص76.

ووفقا لنص المادة 132 .L/ 1 من قانون 1995 فان الشروط التعسفية هي:

- استبعاد أو تجديد المسؤولية القانونية للمحترف في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسمانية نتيجة عمل أو امتناع صادر عنه.
- استبعاد أو تجديد بشكل غير نهائي الحقوق القانونية للمستهلك قبل المحترف أو جزء منها في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب لأحد التزامات المحترف.
- النص على التزام المستهلك بشكل نهائي أو تعليق تنفيذ المحترف لالتزاماته على محض إرادته.
- إجازة احتفاظ المحترف بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك في حال تراجعه عن إبرام العقد أو تنفيذه دون النص على حق المستهلك في الحصول على التعويض مساواة للمبالغ المدفوعة في حالة تراجع المحترف نفسه.
- فرض على المستهلك الذي لا ينفذ التزاماته تعويضا مبالغا فيه وغير مناسب.
- إجازة المحترف لإنهاء العقد بصفة تقديرية، وعدم الاعتراف بنفس الحق للمستهلك.
- إجازة المحترف بإنهاء عقد محدد المدة دون إخطار مسبق معقول، باستثناء حالة السبب الجسيم.
- التمديد التلقائي لعقد محدد المدة.
- الإثبات القاطع لاذعان المستهلك لشروط لم يعلم بها قبل إبرام العقد.
- إجازة تعديل عبارات العقد للمحترف من جانب واحد دون سبب جائز ومذكور في العقد.
- إجازة تعديل المحترف من جانب واحد لخصائص المال أو الخدمة.
- النص على تحديد سعر الأموال وقت التسليم.
- منح المحترف حق تحديد ما إذا كان الشيء أو الخدمة المقدمة تتطابق وشروط العقد.
- تقييد التزام المحترف في احترام الالتزامات المتخذة من قبل وكلائه
- التزام المستهلك بتنفيذ التزامات في وقت لم ينفذ المحترف التزاماته.
- النص على إمكانية تنازل المحترف عن العقد إذا كان من شان ذلك أن يؤده إلى إنقاص الضمانات الممنوحة للمستهلك.
- استبعاد أو عرقلة ممارسات المستهلك الدعاوى القضائية وطرق الطعن

وأخيرا اصدر المشرع الفرنسي قانون 28 جانفي 2005 المسمى بـLoi CHATEL[1] وقد عدل القانون السابق قانون الإستهلاك ومنه الكتاب تحت عنوان أحكام مختلفة وذلك بان أضاف إلى القائمة البيانية للشروط التي يقال عنها تعسفية، الشرط الذي يلزم المستهلك على القبول بشكل خاص عن طريق نظام بديل لتسوية النزاعات[2].

ثالثا: القيمة القانونية لقوائم الشروط التعسفية في التشريع الفرنسي.

اعتبر المشرع الفرنسي قوائم الشروط التعسفية الواردة في قانون 1995 ذات قيمة نسبية، في حين جعل لقوائم الشروط التعسفية الصادرة بموجب مرسوم (سلطة تنفيذية) ذات قيمة اكبر.

1) القيمة القانونية لقائمة الشروط التعسفية التي جاء بها القانون رقم 95-969

جاء في الفقرة الثالثة من المادة L.132 -1 من قانون الاستهلاك ما يلي: < يتضمن ملحق بهذا القانون قائمة بيانية وغير حصرية للشروط التي ينظر إليها أنها تعسفية متى توافرت فيها شروط الفقرة 1 وفي حال النزاع حول عقد يتضمن مثل هذا النوع من الشروط فان المدعي غير معفي من تقديم الدليل على الطابع التعسفي لهذا الشرط >. وهذا النص جاء تطبيقا للمادة 3 من التوجيه الأوروبي رقم 93-13 في فقرتها 5.

وتبعا لنص هذه المادة فان الفقه اختلف من حيث القيمة القانونية لهذه القائمة وحتى المصادقة على التوجيه الأوروبي، فمدام الأمر يتعلق بقائمة بيانية ومتضمنة لشروط يفترض أنها تعسفية، يكفي أن تصدر توصية عن لجنة الشروط التعسفية تتضمن الشروط 17 التي جاءت بها دون الحاجة إلى تعديل تشريعي ومن غير المنطقي صدور قانون في الجريدة الرسمية في الوقت الذي صرحت فيه الحكومة بان القائمة المتضمنة فيه ليست ذات قيمة قانونية وإنها لمجرد البيان والتوضيح[3].

---

[1] نسبة إلى النائب في الجمعية الوطنية الذي كلف قبل عامين بمهمة برلمانية تتعلق بالإعلام وتمثيل وحماية المستهلكين.

[2] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 30.

[3] راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 134.

في حين اعتبر البعض أن قائمة الشروط التعسفية وخصوصا الفقرة 9 تشكل تراجعا بالنسبة للقانون الفرنسي، فحسب الأحكام الجديدة فان بطلان شرط التحكيم أمر نسبي يمكن تجاوزه، عكس ما هو منصوص عليه بالنسبة للأحكام المقررة في المادة L.2061 من القانون المدني[1].

والرأي الأخر اعتبر أن القائمة رمادية رماديا شاحبا جدا، على أساس أن المستهلك يتحمل عبء إثبات الطابع التعسفي تطبيقا للفقرة 3 من المادة L1-132[2]، في حين أضاف البعض بأنها قائمة بيضاء لا تشكل أي قيمة[3].

وأكد على هذا الاتجاه، رأى بعض الفقهاء أن الشروط المدرجة ضمن القائمة يفترض أنها تعسفية ومن البديهي أن يقبل الطابع التعسفي متى تعلق الأمر بشرط وارد ضمن القائمة المرفقة بقانون الاستهلاك[4].

فالقائمة المرفقة بقانون الاستهلاك الفرنسي قائمة بيانية، ليس لها قوة ملزمة، لعدم إمكانية اعتبار الشرط الوارد فيها تعسفيا وهي غير حصرية لإمكانية الحكم بالطابع التعسفي لشرط ما غير وارد فيها، تطبيقا للمعيار الوارد في الفقرة 1 من المادة L.132-1 من قانون الاستهلاك[5].

---

(1) A.KARIMI, opcit. p364.

(2) J.CALAIS – AULOY et F.STEINMETZ, Droit de la consommation, 5eme édition, Dalloz.2000.p205.

(3) F.TERRE,PH SIMLER et Y.LEQUETTE, Droit civil, les obligation,8 eme éd, Dalloz,2002,p331.

(4) راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 134.

(5) المرجع نفسه، ص 134.

2) القيمة القانونية لقائمة الشروط التعسفية الواردة ضمن المرسوم:

بالمقارنة بين صياغة الفقرتين 2 و3 من المادة L.132-1 نلاحظ أن هذه الأخيرة استخدمت بخصوص قائمة الشروط التعسفية عبارة <التي يمكن> في حين أن الأولى استخدمت عبارة <التي يجب> وهذا ما يثبت أن ملحق قانون الاستهلاك ليس له قوة المراسيم، فالأولى لها قوة رمزية أما الثانية فلها القوة المطلقة في إثبات الطابع التعسفي وتفرض على المحترفين والقضاة قوائم سوداء بالشروط التعسفية[1].

فصل المشرع الفرنسي بين الشروط التي جاءت بموجب مراسيم والتي تضمنتها القائمة الملحقة بقانون الاستهلاك فجعل لهذه الأخيرة أثر توضيحي، والشروط الواردة ضمن المرسوم أعتبرت ذات قيمة فعلية فتعتبر تعسفية بقوة القانون.

غير أن السلطة التنفيذية لما رأت أهمية الشروط التعسفية المدرجة في القائمة الملحقة بقانون الاستهلاك وتأثيرها على التوازن العقدي أعادت تنظيمها بموجب مرسوم وجعلتها شروط تعسفية بقوة القانون وهذا ما جاء به المرسوم رقم 302/2009 المؤرخ في 2009/03/18 المدرجة أحكامه ضمن المادة L.132 -1 من القانون الاستهلاك والذي تضمن 12 شرطا تعسفيا بقوة القانون طبقا للمادة 01 منه[2].

لم يكتفي المشرع الفرنسي بهذا التأكيد على الطابع التعسفي لهده الشروط بل تضمنت الفقرة 2 من المادة 1 من نفس المرسوم، 10 شروط افترض فيها الطابع التعسفي وعلى المحترف إقامة الدليل على خلاف ذلك.

ويعتبر هذا المرسوم هو الوحيد الساري المفعول بعد إلغاء المرسوم رقم 78-464[3] حيث أعاد المشرع الفرنسي توزيع الشروط الواردة في الملحق بين شروط تعسفية بقوة القانون (المادة

---

[1] شوقي بناسي، "مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 2، 2009، ص172.

[2] راضية العطياوي، المرجع السابق، ص136.

[3] تم إلغاء هذا المرسوم بموجب المرسوم رقم 97-298 المؤرخ في 1997/03/27.

1 من المرسوم وهي حاليا المادة (R 132-1) وشروط يفترض فيها التعسف (الفقرة 2 من المرسوم R 132-2).

الفرع الثاني: الرقابة القانونية في تحديد الشروط التعسفية في التشريع الجزائري

لتوفير قدر كاف من الحماية للمستهلك من الشروط التعسفية، حدد المشرع أنواع للشروط التعسفية في القانون رقم 04 -02 **(أولا)**، وكذا في المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم **(ثانيا)** ووضع على هذه القوائم للشروط التعسفية نوع من الرقابة القانونية، التي لها دور في كشف الطابع التعسفي لهذه الشروط **(ثالثا)**.

أولا: تحديد الشروط التعسفية وفق القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم

سهل المشرع التعرف على عناصر الشرط التعسفي من خلال تعريفه له، فجاءت المادة 3 من القانون رقم 04-02 أن الشرط التعسفي يكون:

- عقد محله بيع سلعة أو تأدية خدمة.
- أن يكون العقد مكتوب.
- أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكا أوعونا إقتصاديا.
- أن يؤدي الشرط أو البند الوارد في عقد الإذعان إلى الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

هذا وقد بادر المشرع الجزائري بوضع قائمة محددة للشروط التعسفية، أوردها على سبيل المثال، وحسب ما تناولته المادة 29 منه فإنه تعتبر شروط تعسفية البنود التالية:

- أخذ الحقوق و/أو إمتيازات لا تقابلها حقوق و/أو إمتيازات مماثلة معترف بها المستهلك.
- فرض إلتزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود في حين يتعاقد المهني بشروط يحققها متى أراد.
- إمتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.

- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد، أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.
- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.
- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا اخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.
- التفرد بتغيير أجال تسليم المنتوج أو أجال تنفيذ الخدمة.
- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة، تطابقا لما جاء في المادة 106 من ق م ج التي نصت على أن: "العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله أو إلغائه إلا باتفاق الطرفين".

ما يلاحظ على المادة 29 من القانون رقم 04 -02 التي تضمنت 8 أصناف للشروط التعسفية أنها قصرت الحماية من الشروط التي تضمنتها هذه القائمة على المشتري المستهلك دون المشتري المهني، وهذا ما توضحه عبارة: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنع هذا الأخير..." [1]، علما أن نصوص القانون رقم 04 -02 تحمي حتى المهني من الشروط التعسفية، ويتضح ذلك حسب العناصر المشكلة للشرط التعسفي كما رأيناه سابقا.

وتوجه المشرع لإيراد هذه القائمة على سبيل المثال لا الحصر، وبهذا يكون قد وفر حماية أفضل للطرف الضعيف(المستهلك) بإعطاء القضاء حرية الحكم على شروط لم ترد في القائمة بأنها تعسفية، استناد إلى نص المادة 5/3 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم.

ثانيا: تحديد الشروط التعسفية وفق المرسوم التنفيذي 06-306 المعدل والمتمم

هناك من الشروط يمكن الإكتفاء بنظيرتها من القانون رقم 04-02 لإحتوائها نفس المعنى، فمثل ما جاء في القانون رقم 04-02 من شروط تعسفية فإن المرسوم رقم 06-306 جاء بشروط يتعلق بعضها بـ:

[1] محمد أمين سي الطيب، المرجع السابق، ص ص 124، 125.

1) شروط تعسفية متعلقة بتكوين العقد

نصت المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 ضمن الفقرتين 2 و7 بشرطين يتعلقا بتكوين العقد ويظهران في:

– تقليص عناصر العقد الأساسية، لاسيما كيفيات الدفع، الأسعار والتعريفات، شروط التسليم وأجاله، عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم، كيفيات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات، خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها، شروط تعديل البنود التعاقدية، شروط تسوية النزاعات، إجراءات فسخ العقد.

– فرض بنود لم يعلم بها المستهلك قبل التعاقد.

2) شروط متعلقة بآثار العقد

ذكرت ثمانية شروط أُعتبرت تعسفية والتي أوردتها الفقرات 3 و5 ومن الفقرة 8 إلى الفقرة 13 وهي كالتالي:

– تعديل العقد أو فسخه دون تعويض للمستهلك، ويكون بصفة منفردة.
– التخلي عن مسؤوليته (العون الاقتصادي) بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ الغير الصحيح لواجباته.
– احتفاظ العون الاقتصادي بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو نفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.
– تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، وهذا ما جاءت به المادة 183 من ق م ج[1]، وهذا أيضا ما يطبق على القواعد الخاصة شريطة أن يعترف للمستهلك بنفس الميزة المعترف بها للعون الاقتصادي، وإلا عُدَ الشرط الذي مضمونه إلزام

[1] نصت المادة 183 ق م ج انه: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، وتطبيق في الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".

المستهلك بدفع تعويض عن عدم تنفيذ واجباته التعاقدية، شرطا تعسفيا طالما لم يعترف بنفس الحق له في حال امتناع العون الاقتصادي عن تنفيذ واجباته.

وكان على المشرع إستعمال عبارة "تنفيذ إلتزاماته" بدل "تنفيذ واجباته"باعتبار أن الأولى تتفق واللغة القانونية أكثر من الثانية[1].

– فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك، وهو ما يتنافى والمبدأ العام الذي يمنع تحميل الشخص ما لم تتجه إرادته الحرة إليه.
– الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.
– إعفاء العون الاقتصادي بنفسه من الواجبات المترتبة على ممارسة نشاطه.
– تحميل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

3) شروط تعسفية متعلقة بانحلال العقد

تضمن هذا المرسوم فقرة واحدة تتعلق بانحلال العقد، وهي واردة ضمن الفقرة 4 من المادة 5 والتي نصت على:

– عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلاَ بمقابل دفع تعويض، وهنا التعسف واضح لأن القوة القاهرة عادة ما تبرئ ذمة المدين في حالة ما أثبتها، فإذا استحال تنفيذ المستهلك لإلتزامه لسبب لا يد له فيها فلا تقوم عليه أي مسؤولية ولا دفع أي تعويض.

4) الشرط التعسفي المتعلق بممارسة الحقوق القضائية

نصت الفقرة 6 من المادة 5 على شرط تعسفي وهو النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أي وسيلة طعن فيها.

فمن خلال المادة 5 نجد أن هذه الحالات المعتبرة تعسفا كانت على سبيل المثال، وأنه قصر ذلك في عقود الإذعان وفق ما جاءت به المادة 2/1، حيث عرف العقد في مضمون هذا

[1] راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 123.

المرسوم أنه كل إتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر، بحيث لا يمكن لهذا إحداث تغيير حقيقي فيه[1].

ثالثا: القيمة القانونية لقوائم الشروط التعسفية

أورد المشرع الجزائري قائمتين للشروط اعتبرها تعسفية الأولى تضمنها القانون رقم 04-02 والثانية نص عليها في المرسوم التنفيذي رقم 06-306، ولعل الهدف من إعداد هذه القوائم هو تحقيق عبئ إثبات المستهلك للطابع التعسفي للشرط، خاصة وإن لم تسعفه إمكانياته المالية والتقنية لإثبات الصفة التعسفية للشرط، بالخصوص تلك المدرجة في عقود الإذعان، كما تظهر القيمة القانونية لهذه القوائم من حيث:

1) من حيث الإثبات

إكتفى المشرع الجزائري بإعتبار كل الشروط الواردة سواء في القانون أو المرسوم التنفيذي شروطا تعسفية بقوة القانون وهو ما جعل البعض يرى أن المشرع الجزائري أخذ بالمنهج الألماني بوضعه قائمة سوداء بإعتبار ما ذكر من الشروط هي شروط تعسفية بقوة القانون، فلا يحتاج المدعى إثبات الطابع التعسفي ولعل ذلك بهدف تجنب تحكم القضاء في تقدير الطابع التعسفي للشروط التعاقدية حتى وإن كان ذلك يؤدي إلى تضييق نطاق الحماية من حيث الأشخاص[2].

رأى البعض الأخر أنه كان على المشرع تبني أُسلوب القائمة الرمادية، وهي قوائم يفترض فيها الطابع التعسفي، لكن أن يكون رمادها أشد من رماد القائمة الملحقة بالقانون الفرنسي رقم 95-96، وهذا إعفاء المدعي من الإثبات نظرا لقيام قرينة لصالحه بثبوت الطابع التعسفي وعلى المدعي عليه إثبات عكس هذه القرينة[3].

---

[1] درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص 223.

[2] شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 171.

[3] المرجع نفسه، ص 172.

نستنتج في الأخير أن المستهلك معفى من إثبات الطابع التعسفي لشرط جاء ذكره في إحدى القائمتين، ويبقى ملزما أثبات ذلك طالما الشرط لم يرد ضمنهما، كون المشرع لم يحصر هذه الشروط.

2) من حيث المدى

شملت الشروط التعسفية الواردة ضمن القائمتين –سالفتي الذكر– كل الجوانب المتعلقة بالعقد من حيث، الإنعقاد، الآثار، إنحلال العقد، ولم يتوقف عند هذا الحد بل شمل المنازعة القضائية، وبهذا يكون قد لَم بكل مراحل العقد.

ورغم هذا ترك المشرع المجال مفتوح لتدخل السلطة القضائية، فيستطيع القضاء اعتبار أي شرط ذو طابع تعسفي حتى ولم يتم ذكره ضمن القائمتين لأنها غير حصريتين، فمتى توفرت هذه الحالة فان المضرور يقع عليه عبئ الاثبات وفقا لقاعدة "البينة على من ادعى".

وبالجمع بين قائمة الشروط التعسفية بقوة القانون، وترك المجال مفتوح للجهات القضائية يكون المشرع قد أخذ من القانون الفرنسي فكرة عدم حصر الشروط ومن القانون الألماني فكرة القائمة السوداء[1].

[1] راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 133.

المطلب الثاني

الرقابة الإدارية على الشروط التعسفية

تحدد الشروط التعسفية بأسلوب ثان، يتمثل في الأسلوب الإداري، الذي يتم عن طريق أجهزة مخصصة لذلك، نشأت بالقانون، وتقوم بدور كبير في بسط الرقابة على الشروط التي يتضمنها العقد، لمنع أي فرض لشرط ذا طابع تعسفي على المستهلك، فلعل التوصيات التي تصدرها لجنة البنود التعسفية ودور جمعيات حماية المستهلكين **(فرع أول)** من أبرز الطرق التي حددت الشروط التعسفية، إضافة إلى جهاز القضاء الإداري **(الفرع الثاني)** الذي ساهم بدوره في الرقابة على الشروط التعسفية.

الفرع الأول: دور لجنة الشروط التعسفية والجمعيات في الرقابة على الشروط التعسفية

تعتبر لجنة الشروط التعسفية**(أولا)** وجمعيات حماية المستهلك **(ثانيا)** أهم جهازين يكفلان حق المتعاقد الضعيف من تعسف المتدخل.

أولا: تحديد الشروط التعسفية بواسطة لجنة الشروط التعسفية

سنتعرف على هيكلة وإختصاص هذا الجهاز الإداري، في كل من الجزائر وفرنسا.

1) لجنة الشروط التعسفية في فرنسا

أُنشات هذه اللجنة الإدارية بقانون 10 جانفي 1978 بمقتضى المادة 36 منه، في حين أنه لم ينص التشريع على أي تعريف لهذه اللجنة، في الوقت الذي عرفها الفقه أنها ذلك التنظيم القانوني أوجده المشرع الفرنسي إلى جانب الأنظمة القانونية الأخرى للقضاء، لدعم الحماية المرجوة لمصالح المستهلكين المعرضة للإعتداء من جانب المهنيين الذين يرتبطون معهم بعقود استهلاك يغلب عليها طابع عقود الإذعان[1].

[1] حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1997، ص 135.

تشكلت لجنة الشروط التعسفية في فرنسا بقرار من وزير الاستهلاك[1] وتتكون من 13 عضوا (المادة L132-2) على النحو التالي:

– قاض من المحاكم العادية رئيسا.
– إثنان من القضاة من المحاكم العادية أو المحاكم الإدارية أومن مجلس الدولة يعين أحدهما نائبا للرئيس.
– إثنان من الشخصيات المتخصصة في مجال القانون أو النواحي الفنية للعقود يتم إختيارهما بعد أخذ رأي المجلس الوطني للإستهلاك.
– أشخاص يمثلون المحترفين.
– أربعة أشخاص يمثلون المستهلكين.
– وأخيرا محافظ الحكومة التي أسندت إلى المدير العام للمنافسة الاستهلاك.

مثل المشرع الفرنسي جميع الأطراف المعنية المشكلة للشروط التعسفية في هذه اللجنة، بحيث ضمن عناصر قضائية وعناصر إدارية ومستشارين في مجال القانون أوفي العقود فضلا على أن هذه التشكيلة تمثل ضمانة للجدية لا لمجرد التشاور[2].

تختص هذه اللجنة بما يلي:

– فحص نماذج العقود والمعتاد عرضها من جانب المهنيين على غير المهنيين أو المستهلكين الذين يتعاقدون معهم، فإذا وجدت فيها تعسف فإنها تصدر توصيات إما الإلغاء أو التعديل لتلك الشروط[3].
– تقوم بالبحث عن الشروط التي يمكن أن يكون لها الطابع التعسفي.
– لا تتخذ قرارت وإنما تضع توصيات ليست لها قوة ملزمة وتوصي اللجنة بإلغاء أو إبطال الشروط التي ترى أنها تعسفية[4].

---

[1] تم الإبقاء على لجنة الشروط التعسفية بعد إصلاح 1995 بموجب المادة L132-2 وما يليها من قانون الاستهلاك الفرنسي التي عوضت المادة 1/35 وما يليها من قانون 10 جانفي 1972.

[2] CALAIS-AULOY, op.cit, p141.

[3] احمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 234.

[4] حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 72، 73.

يمكن أن تكون هذه التوصيات ذات طابع عام، كما يمكن أن تكون خاصة ببعض المهنيين وقد وضعت هذه اللجنة ما يزيد عن 50 توصية منذ نشأتها حتى عام 1999 تتعلق بكثير من الشروط التعسفية[1].

وبالرجوع للمادة 132-5 من قانون الاستهلاك الفرنسي، تتكفل لجنة الشروط التعسفية بنشر مجمل أعمالها في ختام كل سنة، ويتم النشر على شكل تقارير تتضمن الأراء التي قدمتها اللجنة للقضاء والتوصيات التي أصدرتها للمشرع والى جمعيات المحترفين وكذلك اقتراحاتها حول التعديلات التشريعية في موضوع الشروط التعسفية[2].

2) لجنة الشروط التعسفية في الجزائر

تأسست لجنة الشروط التعسفية في الجزائر بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306، وهي لجنة ذات طابع استشاري، بمفهوم المادة 6 من المرسوم نفسه الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

تنشأ هذه اللجنة حسب المادة 6 من هذا المرسوم لدى الوزير المكلف بالتجارة، يترأسها ممثل الوزير المكلف بالتجارة، تتكون تشكيلة اللجنة حسب المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 06-306، من 5 أعضاء دائمين وخمسة مستخلفين يتوزعون كالأتي:

- ممثلان عن الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسة التجارية فيما كان قبل ممثل واحد عن الوزير المكلف بالتجارة.
- ممثلان عن وزير العدل حافظ الأختام مختصان في قانون العقود، في حين كان وزير العدل من قبل ممثل بشخص واحد.
- ممثلان عن مجلس المنافسة في مكان العضو الذي كان يمثل مجلس المنافسة قبل التعديل.

[1] درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص 224.

[2] أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص 92.

- متعاملان إقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.
- ممثلان عن جمعيات حماية المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.
- كما يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص أخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها.

تحدد القائمة الاسمية لأعضاء اللجنة بقرار من الوزير المكلف بالتجارة مع اقتراح من قبل الوزراء والمؤسسات المعنية، ويكون تعيينهم لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد وتنتهي عهدتهم بنفس الطريقة التي عُينوا بها.

يكون حضور الأطراف دائم لإجتماعات اللجنة، وفي حالة انقطاع حضور أحد الأعضاء يتم استبداله، فيتابع العضو الجديد مهام العضو المستخلف إلى غاية إنتهاء العهدة.

تنعقد إجتماعات اللجنة إنعقادا صحيحا بنفس الأعضاء على الأقل ومع ذلك يمكن اللجنة أن تجتمع بعد 8 أيام بصفة صحيحة بعد إستدعاء ثان حتى وإن لم يكن قد بلغ النصاب وتُداول مهما كان الأعضاء الحاضرين، وتتخذ قرارتها بأغلبية أصوات الحاضرين وفي حالة تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا.

يتم تبليغ الأعضاء لحضور الإجتماع بواسطة إستدعاءات فردية مع تحديد تاريخ الإجتماع وتوقيته ومكانه وجدول أعماله قبل انعقاد الاجتماع بـ 15 يوم على الأقل وإستثناءا يتم تقليص المدة إلى 8 أيام، كما تنص المادة 11 من نفس المرسوم "يمكن للجنة أن تخطر من تلقاء نفسها أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة وكل جمعية مهنية وكل جمعية لحماية المستهلك وكل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك".

تجتمع اللجنة مرة على الأقل كل 3 أشهر في دورة عادية بإستدعاء من رئيسها كما يمكنها الاجتماع لدورة استثنائية بمبادرة من رئيسها أو يطلب من نصف الأعضاء على الأقل[1]، كما لا يحق لأي عضو من أعضاء اللجنة أن يشارك في أي مداولة له مصلحة

[1] سلمة بن سعدي، المرجع السابق، ص 151.

مباشرة له أو لأقاربه إلى غاية الدرجة الرابعة، وعند انتهاء المداولة تحرر في محاضر مرقمة ومرتبة وموقعة من طرف الرئيس وجميع الأعضاء.

تقوم لجنة الشروط التعسفية حسب المادة 7 من هذا المرسوم بالمهام التالية:

- تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الإقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعينة.
- تقوم بكل دراسة و/ أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلك.
- يمكنها مباشرة كل عمل أخر يدخل في مجال اختصاصها.

تنشر اللجنة أراءها وتوصياتها بكل الوسائل الملائمة، كما يمكنها بنفس الطريقة أن تعد وتنشر كل المعلومات المفيدة المتعلقة بموضوعها، إضافة إلى إعداد تقرير عن نشاطها في كل سنة، يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة وينشر كليا أو مستخرجات منه بأي وسيلة ملائمة حسب نص المادة 12 من المرسوم نفسه، وعلى عكس المشرع الفرنسي فإن المشرع الجزائري لم ينص على أي دور استشاري للجنة الشروط التعسفية لدى القضاء.

ثانيا: دور جمعيات حماية المستهلكين في الحماية من الشروط التعسفية

تعد جمعيات حماية المستهلكين منظمات حديثة النشأة، ظهرت في الدول الصناعية خاصة الولايات المتحدة الأمريكية وعلى رأسها "رالف نادر"RALPH NADER"، التي تقوم بالإمتناع عن شراء المنتجات والتنديد بغلاء المعيشة[1].

أما على المستوى الوطني فقد نظمت جمعيات حماية المستهلك بموجب القانون 90-31 الملغى بالقانون 12-06 الذي حدد تشكيلة هذه الجمعيات وأوضح مجموعة من مهامها

وصلاحيتها بما فيها التدخل في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، كما سنلمه بالدراسة مقارنة بالتشريع الفرنسي.

1- دور جمعيات حماية المستهلك في التشريع الفرنسي

[1] فهيمة ناصري، جمعيات حماية المستهلك، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2003-2004، ص 13.

منح المشرع الفرنسي بموجب القانون الصادر بتاريخ 27 ديسمبر 1973 المعروف بقانون (Royer) لجمعيات حماية المستهلكين حق الإلتجاء إلى القضاء بغرض الدفاع عن المصالح الجماعية للمستهلكين(المادة 46 من هذا القانون).

وسع من نطاق هذا الحق بإصداره قانون 5 جانفي 1988، حيث إعترف صراحة للجمعيات بحق رفع الدعاوى الجماعية من بينها دعوى إلغاء الشروط التعسفية لتلعب بذلك دور كبير في مجال مقاومة الشروط التعسفية[1].

تتمتع جمعيات حماية المستهلكين بحق رفع دعاوى إبطال الشروط التعسفية نيابة عن المستهلكين بسبب النفقات الباهظة وطول إجراءات التقاضي، والشروط المقصودة هنا هي التي ترى المحاكم أنها ذات طابع تعسفي، سواء صادر من مرسوم أولا طالما يخل بتوازن العقد إخلالا ظاهرا[2].

يمكن للجمعية ممارسة حقوق الطرف المدني عن الوقائع والأعمال الضارة أو الماسة بصفة مباشرة أو غير مباشرة بالمصالح الجماعية، والمصلحة الجماعية يقصد بها الضرر الذي يمس مجموعة من المستهلكين ناتج عن أفعال متسعة النطاق وبالغة الإنتشار[3]، وهذا الإدعاء بحق مدني أمام قاضي التحقيق أو الجهة القضائية المختصة لمحل إقامة المهني المختصم وإن لم يوجد فأمام قاضي التحقيق أو أمام الجهة القضائية المختصة لمقر الجمعية الموكلة من قبل المستهلكين[4].

---

[1] أحمد بورزق، الشروط التعسفية في عقود المعاوضة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014، ص 286.

[2] أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 263.

[3] محمد الهيني، "دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية المتصلة بالولوج للعدالة، الأسس الدستورية لحماية المستهلك"، مجلة الاقتصاد والمستهلك، ، المحكمة الإدارية، الرباط، العدد6/5، ماي، يونيو، ص 8.

[4] سلمة بن سعدي، المرجع السابق، ص 158.

وتدخل الجمعية في الدعوى يؤدي إلى تحسين وضع المستهلك أمام القضاء، على عكس لو تابع الدعوى بمفرده لأنه في مركز الضعيف تجاه المتدخل ذو النفوذ من جهة أخرى تعقد الإجراءات واحتمال إصدار أحكام متناقضة.

2- دور جمعيات حماية المستهلك في التشريع الجزائري

أعطى المشرع الجزائري بمقتضى المادة 65 من القانون رقم 04 – 02 الحق في رفع الدعوى لجمعيات حماية المستهلكين والجمعيات المهنية وكذا كل عون اقتصادي خالف أحكام القانون رقم 04 –02 المعدل والمتمم، وتأكيدا لذلك ما نصت عليه المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية[1]، ليكون بذلك المشرع الجزائري قد وسع من حق الجمعية في رفع الدعوى أمام المحاكم الجزائية حتى ولم يلحق ضرر بالمستهلكين، وهذا لتسليط الجزاء على أي مخالف لأحكام قانون حماية المستهلك.

فيحق لجمعيات حماية المستهلكين إضافة إلى دورها في إطار التحسيس والتوعية والإعلام، وتمثيل المستهلكين، والدفاع عنهم، أن تقوم بأي تصرف يمكن أن يقوم به المستهلك كالخبرات المرتبطة بالإستهلاك وذلك على مسؤوليتها ونفقاتها، بهذا يمكن تفعيل الرقابة القضائية بممارسة البحث والتحري حول الجرائم والمخالفات التي يحكمها قانون المستهلك[2].

ففي القانون الفرنسي تملك الجمعيات الصفة للإلتجاء إلى المحاكم المدنية لإصدار أوامر بإلغاء الشروط التعسفية، مع تدعيم الأمر بصدور غرامة مالية أن إستلزم الأمر حسب المادة 4 من القانون رقم 95–96 الخاص بالشروط التعسفية وتقديم العقود[3].

في حين أن المشرع الجزائري لم يكتف بمنح جمعيات حماية المستهلكين حق رفع الدعوى جبرا للضرر الذي أصاب المستهلك وهذا أمام القضاء المدني نتيجة خطأ مدني، بل أجاز رفع الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة على أساس الخطأ الجنائي[1].

---

[1] المادة 2 ق اج: " يتعلق الحق في الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن جناية أو جنحة أو مخالفة بكل من أصابهم شخصيا ضرر مباشر تسبب عن الجريمة".

[2] سلمة بن سعدي، المرجع السابق، ص 159.

[3] علي بولحية بوخميسن، المرجع السابق، ص 67.

وبالرغم من الدور الذي تلعبه جمعيات حماية المستهلكين في حمايتهم سواء بالتحسيس والتوعية، أو الدفاع عن مصالحهم، إلا أنها في موضوع الشروط التعسفية تبقى بعيدة إلى حد ما من النتائج المرجوة من قدرتها لدفع ضرر هذه الشروط عن المستهلكين.

الفرع الثاني: رقابة القضاء الإداري على الشروط التعسفية

يملك القضاء الإداري سلطة رقابية على مدى مطابقة المراسيم التي تورد قوائم محددة للشروط التعسفية التي تصدرها الحكومة طبقا للقانون الذي خول لها السلطة **(أولا)**، كما يمكن أن يقرر الطابع التعسفي للشرط الوارد في العقود المبرمة بين المرافق الهامة الصناعية والتجارية وبين المستهلكين **(ثانيا)**.

أولا: الرقابة على المراسيم الحكومية المحددة للشروط التعسفية

يباشر القضاء الإداري عن طريق مجلس الدولة رقابته على الشروط التعسفية التي إعتبرتها الحكومة شروطا تعسفية بموجب المراسيم التي تصدرها بهذا الموضوع، ذلك أنه يمكن لمجلس الدولة التحقق على أساس التجاوز أو عدم تجاوز السلطة ما إذا كانت المراسيم الصادرة بالتطبيق لنص المادة 35 من قانون 1978 مطابق لهذا النص.

وذلك مما سبق وحسب المادة 35 يعطي الحكومة سلطة تحديد أو تنظيم الشروط التعسفية في العلاقات بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، فاستعملت الحكومة السلطة المخولة لها بموجب المادة 35 فأصدرت المرسوم رقم 78-464 الذي جاء بخمس مواد أهمها ما نصت عليه المادة الأولى منه والتي طعن فيها أمام مجلس الدولة[2].

---

[1] حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص129.

[2] محمد أمين سي الطيب، المرجع السابق، ص ص 137-136.

تضمنت المادة الأولى من المرسوم رقم 78–464 أنه في العقود المبرمة بين مهنيين من ناحية، وغير المهنيين أو المستهلكين من جهة أخرى، يكون مجرما باعتباره تعسفيا في مفهوم الفقرة الأولى من المادة 35، بمعنى الشرط الذي موضوعه وأثره يؤكد إذعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات غير مدرجة في المحرر الذي يوقعه وهو ما يعرف بشروط الإحالة[1].

حدد نص المادة 35 من هذا المرسوم الشروط المدرجة بالإحالة إلى ملاحق أو وثائق أخرى غير مرفقة بالعقد، ولم يرها المستهلك الذي وقع على العقد، إلا أن عملية الإحالة إلى شروط وملاحق أخرى توجد في الكثير من عمليات التوثيق في بيع مال مملوك ملكية مشتركة، وبالتالي فإنه كان على البائع المهني إذا كان الطرف الأخر غير مهني أو مستهلك أن يرفق هذه الملاحق أو الوثائق بالعقد حتى توقع من الطرف الأخر وإلا تعد باطلة.

فلوحظ تزايد في أجزاء الملاحق التي يحفظها الموثقون والحفظة، وكذلك تزايد العبء المالي الذي يقع على عاتق العميل، مما أدى إلى الشكوى من قبل الموثقين والحفظة، نفس الشيء مع شركات التأمين والشركات العقارية[2].

فأصدر المجلس قرار بإلغاء المادة 1 من المرسوم 24 مارس1978، بإعتبار أن الحكومة ليس مصرحا لها باستخدام السلطات التي تستمدها من الفقرة الأولى من المادة 35 إلا من أجل تحريم، تحديد أو تنظيم فقط للشروط التعسفية المتعلقة بالعناصر العقدية المعدودة على سبيل الحصر في تلك الفقرة[3].

أضاف القرار أن الفقرة لا تكشف في كل الحالات عن التعسف في النفوذ الاقتصادي، والتي لا تمنح بالضرورة ميزة فاحشة للمهنيين، فمن عمومية هذه النصوص أن ليس من صلاحيات الحكومة التي تستمدها من الفقرة 1 من المادة 35.

---

[1] احمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 236.

[2] محمد أمين سي الطيب، المرجع السابق، ص 137.

[3] المرجع نفسه، ص 137.

مما يعني أن المادة 1 من المرسوم السابق فيها تعدد للسلطة,ومنه إعتبر القرار أن الشروط الواردة بالمادة 35 على سبيل الحصر ولا يجوز للحكومة تجاوزها، وإذا فعلت فإنها تتجاوز سلطتها حيث أنها أبطلت الشروط الواردة بالإحالة بالمادة الأولى محل الطعن[1]، فالقاضي الإداري يجب عليه التحقق من الظروف التي أدخل فيها الشرط ومعنى ذلك التحقق من وجود أو عدم وجود الميزة الفاحشة نتيجة تعسف النفوذ الاقتصادي[2].

وبهذا يتبين ما ذهب إليه مجلس الدولة أنه يكون للمحاكم الإدارية البحث عن توافر الطابع التعسفي في الشروط المكونة للعقود المعروضة عليها، المبرمة بين مهنيين الذين يرتبطون بالمؤسسات الصناعية والتجارية دون إمتياز، وبين مستهلكين متعاملين.

ثانيا: الرقابة على شروط عقد المرافق العامة الصناعية والتجارية

إذا كان يستخلص من نصوص قانون الاستهلاك أنها لا تسري إلا على الشروط ذات الطبيعة التعاقدية، أي عقود القانون الخاص، إلا أن ذلك لا يمنع من وجود شروط في بعض عقود المرفق العام أو العقود الإدارية، أصبحت إلزامية بموجب قانون أو لائحة كما هو الحال بالنسبة لعقد الاستهلاك في مجال توزيع مياه الشرب، وإن كانت هذه الشروط واردة في عقود سابقة تعسفية، إلا أنها فلتت من تطبيق نظام قانون الاستهلاك المتعلق بالشروط التعسفية عليها وهو مطلب تنادي به جمعيات حماية المستهلكين في فرنسا[3].

علق الفقه – في غياب موقف تشريعي – أن الشروط الواردة في مثل تلك العقود يصح أن تقع تحت طائلة قانون الاستهلاك، ويجوز للمحاكم الإدارية التصدي لها، استدلالا بقرار مجلس الدولة الذي ألغى المادة الأولى من مرسوم 24 مارس 1978.

وإن كان القضاء الإداري الذي ترجع له السلطة في القول ما إذا كان في العقد الذي يربط الخدمة العامة الصناعية أو التجارية أو العميل لهذه الخدمة، يوجد نقص في التشريع حول

---

[1] محمد احمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 237.

[2] محمد أمين سي الطيب، المرجع السابق، ص 138.

[3] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 83.

الشروط التعسفية، أي يمكن أن يعوض السكوت التشريعي حول هذه الشروط ويحكم ببطلان شروط عقود المرفق العام التي تحمل طابع تعسفي[1].

وأمام دعوات جمعيات حماية المستهلكين والفقهاء في فرنسا تدخل القضاء والذي كان يذهب في البداية للتفرقة ما بين الشروط الواردة في دفتر الشروط والمتمثل بعقد الإستغلال لمرفق توزيع المياه الصالحة للشرب وهي ذات طابع تنظيمي، حيث لا يجوز لمحاكم القضاء العادي أن تعلن مثل هده الشروط تعسفية ولمعناها الوارد في المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978.

وفي اجتهاد نوعي لمجلس الدولة الفرنسي في سنة 2001 في مجال تقدير شرعية الشروط التنظيمية لعقود المرافق العامة، الصناعية والتجارية، ذهب إلى أن الطابع التعسفي للشرط يتم تقديره ليس بالرجوع إلى هذا الشرط قي حد ذاته، بل بالرجوع إلى مجموع الإشتراطات التي يتظمنها العقد.

وعندما يتعلق موضوع العقد بتنفيذ مرفق عام فإنه يجب الأخذ بعين الإعتبار المميزات الخاصة بهذا المرفق، ولما كان من شأن الأحكام الواردة في المادة 12 من دفتر الأعباء أن تحميل المرتفق نتائج الأضرار التي يمكن أن تنسب إليه ودون أن يكون بالإمكان إقامة خطأ المستغل، وإن هذه الشروط تتعلق بمرفق عام هو موضوع احتكار وقد تضمنها عقد الإذعان، فإنها بهـ ّذا الشكل ليست مبررة بالنظر إلى المميزات الخاصة بهذا المرفق وإنها بالتالي تحتل طابع الشرط التعسفي وفقا لأحكام المادة 132 من قانون الاستهلاك ومن هنا فهي غير قانونية منذ وضعها[2].

وتكمن أهمية القرار في أنه أعطى المجال للقضاء الإداري، ليقدر الطابع التعسفي للشروط التنظيمية أو المدرجة في العقود المبرمة بين المرافق العامة الاقتصادية وبين المستهلكين ودلك بتطبيقه لنصوص قانون الاستهلاك المتعلقة بالشروط التعسفية عليها[3].

---

[1] محمد أمين سي الطيب، المرجع السابق، ص ص 138، 139.

[2] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص ص 84، 85.

[3] محمد أمين سي الطيب، المرجع السابق، ص 139.

وفي الأخير وبالنظر إلى التماثل بين النظام القضائي الفرنسي والنظام القضائي الجزائري بخصوص الشروط التنظيمية فإنه يمكن إعتماد نفس رقابة القضاء الإداري الفرنسي لما شهده من تطور فيما يخص الرقابة على الشروط التنظيمية في إطار قانون الاستهلاك.

المبحث الثاني:

مواجهة إختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية (الجزاء)

أغلب التشريعات التي عالجت الشروط التعسفية وضعت جملة من العقوبات والجزاءات، فبغض النظر عن صفة الجزاء إن كان مدني أو جنائي وعن قيمته إن كان زهيدا أو ذا قيمة، فإن الجزاء يبقى دائما صمام الأمان لأي نظام قانوني.

وضعت هذه العقوبات المدنية والجزائية لردع أي متدخل أو عون إقتصادي من تضمين العقود التي يتولى تحريرها سلفا شروط إعتبرها المشرع أو يعتبرها القاضي ذات طابع تعسفي كالتشريع الفرنسي الذي أورد أحكاما تتعلق بالجزاء المدني وأخرى بعقوبات مدنية **(المطلب الأول)** في حين إكتفى المشرع الجزائري بالإشارة إلى الجزاء الجزائي **(المطلب الثاني)** حتى وإن أشار إلى التعويض كجزاء مدني على إدراج الشروط التعسفية في القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم.

المطلب الأول

الجزاء المدني

جاء القانون الجزائري رقم 04-02 المعدل والمتمم المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وكذا المرسوم التنفيذي رقم 06-306، شاحبا جدا فيما يتعلق بمعالجة الجزاء المدني[1] الذي قد يصيب الشروط التعسفية، وإكتفى بالنص على التعويض كجزاء مدني **(الفرع الثاني)** في حين أورد المشرع الفرنسي نصوص خاصة بهذا الجزاء في قانون الإستهلاك **(الفرع الأول)**.

[1] راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 141.

الفرع الأول: الجزاء المدني المقرر في القانون الفرنسي

نص المشرع الفرنسي ضمن قانون الإستهلاك على وسيلتين لمواجهة الشروط التعسفية، الأولى منفصلة وسابقة عن المنازعة وتتمثل في دعوى الحذف أو الإزالة للشروط التعسفية **(أولا)**، والثانية متصلة بالدعوى وتتمثل في دعوى البطلان **(ثانيا)**.

أولا: دعوى حذف أو إزالة الشروط التعسفية

لم تنجح لجنة الشروط التعسفية بما أصدرته من توصيات في إقناع المتدخلين في حذف وإزالة الشروط التي تعتبر تعسفية من نماذج عقودهم إلا نادرا، نظرا لعدم اقترانها بجزاء[1]، لذلك قرر المشرع الفرنسي تطبيق آلية جديدة منحت لجمعيات حماية المستهلك تمثلت في دعوى الحذف أو الإلغاء التي جاء بها قانون 05 جانفي 1988 والتي أُدرجت مواده ضمن قانون الاستهلاك في المادة L 421 بفقراته الستة[2].

دعوى الحذف أو الإلغاء هي دعوى متاحة فقط لجمعيات حماية المستهلكين المعتمدة قانونا، أمام المحاكم المدنية، ليس للمطالبة بالبطلان القانوني للشرط التعسفي في العقود التي سبق إبرامها ولكن للمطالبة بالحذف المادي لهذه الشروط من نماذج العقود والتي عادة ما تتضمن الشروط العامة التي تستخدم كأساس لعقود ستبرم في المستقبل بين المتدخل والمستهلك[3].

كما أصبح يحق لجمعيات حماية المستهلك وفقا لتعديل 1995 الحق في رفع نفس الدعوى ضد المنظمات والهيئات المهنية التي درجت على وضع شروط عامة موحدة تستعمل من قبل المحترفين من أعضائها في عقودهم مع المستهلكين.

ونظرا لتعلق الأمر بعدد من المستهلكين غير محدد فإن الراجح عند بعض الفقه هو إعتماد المحاكم على معيار مجرد عند بحثها بصفة كاملة فيما إذا كان الشرط موضوع النزاع

---

(1) محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 33.

(2) راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 144.

(3) محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 34

يؤدي إلى عدم توازن ذو دلالة في غير صالح مجموع المستهلكين، مستعينا في ذلك الشروط التي سبق للمشرع وإن صرح بطابعها التعسفي وكذلك تلك التي صرحت بها لجنة الشروط التعسفية[1].

ونظرا لإقتصار حجية الحكم الصادر في الدعوى على أطرافه، فإن جمعيات المستهلكين عادة ما تختصم أكبر عدد ممكن من المحترفين حتى تتحقق الحجية قبلهم جميعا، وتحقق الدعوى طابعها الوقائي والشمولي[2]، وإذا ثبت لدى المحكمة تعسف الشرط فإنها تأمر بحذفه أو إزالته مع إحتمال الحكم بالتهديد المالي إن إقتضى الأمر، كما يجوز لها أن تأمر بمباشرة الحكم على نفقة المحترف (المادة 42 إلى المادة 92 من قانون الاستهلاك الفرنسي).

يبدو إذن أن الحماية الجماعية ضد الشروط التعسفية التي أُسس لها القانون 1988 ووضع قواعدها الأولى قانون 1978، هي الأكثر فعالية نظرا لعدم كفاية الحماية الفردية المتأتية من قانون 1978.

مثل هذه المعالجة السابقة للشروط التعسفية لا يوجد ما يقابلها في القانون الجزائري، رغم وجود جمعيات حماية المستهلكين المكلفة بالقيام بها حسب نص المادة 65 من القانون رقم 04-02، فرغم إتفاق هذا النص مع النص الفرنسي في كون جمعيات حماية المستهلك يمكنها المطالبة القضائية وتمثيل المستهلكين أمام القضاء، إلا أنها تختلف في عدم تحديدها لنوع الدعوى التي يجب رفعها عكس القانون الفرنسي، وهو ما يدعو إلى القول أن الدعوى المرفوعة هي دعوى البطلان والتعويض، لأن الأمر ينصرف عند عدم التحديد إلى الوضع الغالب.

أما المطالبة بالبطلان أو التعويض عن الشرط التعسفي، على إعتبار أن المشرع الجزائري لا يعرف مثل هذه الدعاوى حتى يقر بأن الدعوى هنا هي دعوى الحذف

---

[1] راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 147.

[2] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 34.

أو الإلغاء، إظافة إلى أن الفقرة 2 من المادة 65 نصت على إمكانية تأسيس الجمعيات الاستهلاكية كطرف مدني للمطالبة بالتعويض أو بالبطلان حسب الحالة.

ثانيا: دعوى البطلان

نتطرق في موضوع جزاء الشروط التعسفية إلى الاختلاف الفقهي حول نوع البطلان المقرر وكذا نطاقه.

1)طبيعة البطلان

إعتبار الشرط التعسفي غير مكتوب أو بطلان الشرط التعسفي إستنادا إلى نص المادة L.132-1 الفقرة 6 و8 من قانون الاستهلاك الفرنسي[1]، فإن الشروط التعسفية تعتبر غير مكتوبة مع بقاء العقد قائما وصحيحا. وهذا مثله ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية المستهلكين من السلع والخدمات.

يذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى تفسير عبارة "غير مكتوبة" بمعنى باطلة مع بقاء العقد المتضمن لهذا الشرط الذي أُعتبر انه تعسفي، ما دام انه لم يكن دافعا للتعاقد[2].

ولكن الفقه الفرنسي إختلف بعد ذلك حول نوع البطلان، **فإتجه رأي** إلى إعتبار البطلان المقرر في الفقرة 6 من المادة L132 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 بطلانا نسبيا مقرر لحماية المستهلك وإن تعلق بالنظام العام.

في حين إعتبر **رأي ثان** البطلان المقصود في المادة، بأنه بطلان مطلق لكونه جزاء فعال للمستهلك، وأنه من غير المناسب ترك رفع دعوى الإبطال للمستهلك وحده[3]، فلوترك له وحده حق رفع دعوى الإبطال لتقاعس عن رفعها لكثرة المصاريف القضائية ولطول المدة، مقارنة مع

---

(1) Art L132-1 C.C.F dispose que: « le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que jugées abusives s'il peut subsister sans les dites clauses ».

(2) أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص 124.

(3) محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 42.

قيمة السلعة أو الخدمة المحصل عليها، ومن جهة أخرى يضع تحت يد جمعيات حماية المستهلك الحق في رفع دعاوى حذف الشروط التعسفية الواردة في نماذج عقود الإستهلاك[1].

يبدو في الأخير وكتحديد نهائي لطبيعة بطلان الشرط التعسفي أن الرأي الأول الذي قرر بالبطلان النسبي هو الصائب على أساس أنه يتلاءم مع مصلحة المستهلك، وذلك بإبقاء العقد قائما والإستفادة من السلعة أو الخدمة، وإن أخذنا بالبطلان المطلق فذلك سيؤدي إلى حرمان المستهلك من السلعة أو الخدمة التي لا يمكن الاستغناء عنها.

2) نطاق البطلان

يثير الحكم ببطلان الشرط التعسفي تساؤلاً حول ما إذا كان هذا البطلان يشمل العقد ككل، أم أنه يقتصر على الشرط التعسفي فحسب مع بقاء العقد صالحا، كما هو منصوص في المادة L132-1 فقرة 8 كبقاء العقد قائما وصحيحا، إذا أمكن أن يبقى دون الشروط السابقة، وهذا أن البطلان ينصب على الشرط لا العقد، أي أن البطلان يكون جزئيا، وهو حل يتماشى ومصلحة المستهلك الذي يعمل للإستفادة من السلعة أو الخدمة.

برز رأيان للفقه حول هذا الموضوع لإمتداده إلى نظرية البطلان ذاتها:

يرى **الإتجاه الأول** أن بطلان الشرط التعسفي يؤدي إلى بطلان العقد بأكمله، حيث أن بطلان الكل يشمل بطلان الجزء لأنه أحيانا وإستنادا إلى النصوص المتعلقة بالنظام العام من جهة، وإرادة الطرفين من جهة أخرى، فإن بطلان الشرط قد يكون عاملا لبطلان العقد الذي يتضمنه من ذلك ما نصت عليه المادتان 1172 و1174 من ق م ف[2].

---

[1] عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك في عقود الاذعان وفي العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، ب ط، جار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 132.

[2] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 43.

- L'article 1172 C.C.F dispose que: « toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle la convention que en depent »
- L'article 1174 C.C.F prevoit que: « toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ».

أما **الرأي الثاني** إعتبر أن البطلان لا يمس العقد كله وإنما يقتصر على الشرط التعسفي فقط، ويتصل هذا الرأي بنظرية انتقاص العقد التي تبناها المشرع الجزائري بحكم المادة 104 ق م ج[1].

وقد جاء المشرع الفرنسي بنصوص مختلفة قررت البطلان للشرط وحده معتبرة إياه غير مكتوب، فنجد في نص المادة 1844-2/10 ق م ف أن كل شرط مخالف للنصوص الآمرة في الباب المتعلق بالشركات، لا يؤدي إلى بطلان الشركة، وإنما يعتبر وكأنه غير مكتوب[2]، بالإظافة إلى بطلان الشروط الرامية إلى إلغاء وتخفيف الضمان الواجب على البائع في حالة وجود عيب خفي بالشيء المبيع[3].

وعلى النقيض من ذلك كما يرى الأُستاذ بودالي فإن المشرع الجزائري لم ينص في القانون رقم 04-02 على ترتيب الجزاء المدني عن إبرام الشروط التعسفية في أي عقد من عقود الإستهلاك[4]، ويرى البعض أن هذا النقصان يرجع إلى سهو المشرع، وهو نقص كبير ينبغي إستكماله وذلك بالنص صراحة على بطلان الشرط التعسفي وبقاء العقد صحيحا إذا كان بالإمكان إستمراريته بدون تلك الشروط[5].

ولعل المشرع أراد تطبيق القواعد العامة المعروفة في القانون المدني وخاصة نص المادة 110 منه التي تعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تعديل الشرط التعسفي مع الإبقاء عليه، أو أن يعفي الطرف المذعن منها، بالإضافة إلى أن سلطة القاضي هنا جوازية وليست وجوبية بحد تعبير المادة 110، بحيث يجوز للقاضي ألا يستعمل هذه الرخصة المخولة له من المشرع بالرغم من وجود شروط تعسفية في عقد الإذعان.

---

(1) إذا كان العقد في شقه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال، فيبطل العقد كله.

(2) محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 44.

(3) Art n° 1643 C.C.F c.civ français dispose que « toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre, dont la violation n'est pas sanctionnées par la nullité de la société, est réputée non écrite ».

(4) محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 100.

(5) سلمة بن سعدي، المرجع السابق، ص 180.

وهناك من يقول بوجوب تطبيق نظرية إنتقاص العقد، إلا أنه يرد على أصحاب هذا الرأي أن هذه النظرية التي تقوم على إنتقاص العقد تسمح للقاضي بإجراء تعديل لأحد شروط العقد وبالتالي هذا التعديل ليس العقد بأكمله، كما أن فكرة انتقاص العقد تمثل جزءا غالبا ما يكون اشد جسامة من البطلان[1].

يظهر في الأخير أن النظام المنصوص عليه في القانون رقم 04 -02 لا يتماشى مع النظام الذي تقترحه القواعد العامة، رغم أن المشرع الجزائري صاغ النص صراحة على طبيعة البطلان للشرط التعسفي إلا أنه بالرجوع إلى أحكام الضمان نجد أن ذكر شرط مخالف لذلك يكون باطلا بطلان مطلقا، لذا ينبغي النص على بطلان الشرط التعسفي صراحة مع بقاء العقد صحيحا، إذا أمكن استمراره دون تلك الشروط الباطلة.

الفرع الثاني: التعويض كجزاء مدني حسب القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم

تحدث المشرع الجزائري عن التعويض بموجب المادة 65 من القانون 04-02 فأوكل لأشخاص حق القيام برفع الدعوى **(أولا)** ضد كل متدخل خالف أحكام هذا القانون للحصول على تعويض الضرر الذي لحق بهم، ولهذا سنرى كيفية تقدير هذا التعويض **(ثانيا)**.

أولا: دعوى التعويض

جاءت المادة 65 من القانون رقم 04-02 بالتعويض كجزاء مدني عن إدراج الشروط التعسفية في العقود بين المتدخل والمستهلك، فنصت على ما يلي " دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية[2]، يمكن لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية التي أُنشئت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون.

---

[1] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 102.

[2] أمر رقم 66-155 مؤرخ في 16 نوفمبر 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالأمر رقم 11-02 المؤرخ في 23 فيفري 2011، ج ر عدد 12 الصادر في 23 فيفري 2011.

كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم".

حسب القاعدة التي تدعي بأنه لا دعوى بدون مصلحة، فإن الحق بالمطالبة بالتعويض حق مقرر لكل شخص طبيعي أو معنوي بشرط توفر المصلحة، إضافة إلى شروط رفع الدعوى المنصوص عليها في المادتين 13 و14 ق إ م إ.

فترفع الدعوى سواء فردية من طرف المستهلك الذي يعتبر طرف ضعيف بوجود الشرط التعسفي في ذاته يلحق ضررا به، فإن إستطاع هذا الأخير إثبات العلاقة السببية بينهما، وإن هذا الضرر يحمل فعلا شروط الضرر القابل للتعويض كان بإمكانه أن يحصل على حكم قضائي بقضي بتعويضه.

إلى جانب الحق الممنوح لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية المعتمدة، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة أن يقوم برفع دعوى التعويض وهذا في حالة مخالفة العون الاقتصادي أحكام القانون رقم 04-02 ومن ضمنها الأحكام المتعلقة بالشروط التعسفية.

وحسب مفهوم اللفظ المراد في المادة 65 سالفة الذكر التي هي"رفع دعوى أمام العدالة" هو القضاء الجنائي الذي ينفرد بتطبيق جزاء الغرامة، أما القضاء المدني فلا دور له بحسب البعض[1]، وفي ظل غياب أي نص يشير إلى الجزاء المدني وطبيعته، وهذا ما يؤكد أن القضاء الجنائي هو صاحب الاختصاص بالنظر إلى مسائل التعويض عن الضرر الذي يصيب المستهلك عن إدراج الشروط التعسفية.

أشارت الفقرة 2 من المادة 65 إلى الدعوى المدنية بالتبعية للدعوى الجزائية، بعد أن أشارت الفقرة 1 من ذات المادة إلى الدعوى الجنائية من خلال عبارة: "...القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون".

ونضيف أن القانون رقم 04-02 لم يأت على ذكر الجزاء الجنائي فقط ضمن الباب الرابع منه، تحت عنوان "المخالفات والعقوبات"، وكما هو مسلم به فإن القضاء الجنائي وحده

[1] شوقي بناسي، المرجع السابق، ص ص 185-186.

المخول بصلاحية النظر في المخالفات الجنائية، كما يؤول له النظر في التعويض كجزاء مدني وذلك بالتبعية، في حين أنها تناولت إلا متابعة المخالفات الجنائية حسب الفقرة 1 من المادة 60.

وطالما أن موضوع الدعوى المرفوعة هو المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق سواء جمعيات حماية المستهلكين والجمعيات المهنية، أو أي شخص طبيعي أو معنوي له مصلحة، فلا يكون لهؤلاء صلاحية المطالبة بإبطال الشرط التعسفي لأن الأمر يتعلق بالقضاء الجنائي، بعكس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي الذي منح لجمعيات حماية المستهلك حق المطالبة بالتعويض إلى جانب المطالبة بحذف الشرط التعسفي، طبقا لما ورد في المادة L421-6 من قانون الاستهلاك الفرنسي[1].

وهذا ما أيده غالبية الفقه في حين يرى البعض الأخر بعدم إمكانية الجمع بين طلب التعويض وطلب الحذف لأن هذا الأخير دعواه وقائية ترد على نماذج العقود التي ستبرم، ما دام لم يبرم بعد أي عقد فلا مجال للتعويض[2].

ثانيا: تقدير التعويض

لم يتم تبيان نوع الضرر الذي سيتم التعويض على أساسه وعلى معايير تقديره، في نص المادة 2/65 وإن كانت المادة 2 ق إ ج أشارت إلى الضرر الشخصي والمباشر، وبحسب البعض فإن الضرر الشخصي الذي لحق الجمعيات يتم تقديره على أساس المصاريف والإجراءات والضرر الذي لحقها.

في حين أقر البعض بصعوبة تقدير الضرر الشخصي بحكم أن الدعوى وقائية من جهة، وأن المصلحة الجماعية تختلف عن المصلحة الفردية من جهة أخرى، بالإضافة إلى أن المصلحة الجماعية لا يقصد بها مصلحة الشخص المعنوي في حد ذاته وإنما مجموع المستهلكين المجرد وغير المعين بذاته.

(1) D.BOSCO, Le contentieux des clauses abusives, www.thémis.u-3mrs.fr.p25.
(2) Ibid, p25.

أما بالنسبة لتقدير التعويض الذي لحق المصلحة الجماعية فإن القضاء الفرنسي وقف بين أحد الأمرين:

– إما الحكم بالفرنك الرمزي مع الأمر بشرط ودعاية موسعة للقرار القضائي القاضي بإلغاء الشروط التعسفية ردعا للمحترف وزجرا له، وضمان لعلم الكافة به.

– إما الحكم بتعويض يتراوح عادة بين 5000 و10000 فرنك فرنسي مع إقتراح إيصال عتبته إلى 100000 فرنك فرنسي.

المطلب الثاني

الجزاء العقابي

تولى المشرع الجزائري النص على الجزاء العقابي المقرر ضد الشروط التعسفية المدرجة في عقد من العقود الواقعة ضمن نطاق تطبيق القانون وهذا ضمن نص المادة 38 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم.

فجاء في مضمون هذا القانون، الغرامة كعقوبة أصلية على إدراج الشروط التعسفية، وإن تناول غيرها من العقوبات متعلقة بممارسات تجارية أخرى، وعلى هذا كان **(الفرع الأول)** لتقدير العقوبة الجنائية المقررة للشروط التعسفية، ولما نظم المشرع الجزائري التصالح حول العقوبة بأحكام خاصة، وجب التطرق إليها ضمن **(الفرع الثاني)** لمعرفة تأثير هذا الحكم على دراستنا فيما يخص الشروط التعسفية.

الفرع الأول: تقدير العقوبة الجزائية في القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم

نص المشرع الجزائري على عقوبة أصلية كجزاء يقع على العون المتدخل في حالة إدراجه لشروط تعسفية في العقود المبرمة مع المستهلك متمثلة في الغرامة الجنائية **(أولا)** متبوعة بعقوبات إستثنائية **(ثانيا)** كما أوكلت مهمة معاينة المخالفات إلى موظفين إداريين، لذا سنرى **(ثالثا)** قدرة هؤلاء على مواجهة الشروط التعسفية.

أولا: العقوبة الأصلية

جاء في نص المادة 38 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم أنه: "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26، 27، 28، 29، من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار(50000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5000000 دج)".

يظهر من النص أن المشرع إكتفى بالغرامة كجزاء وحيد على مخالفة أحكام الفصل الرابع المتعلق بالممارسات التجارية الغير نزيهة والفصل الخامس المتعلق بالممارسات التعاقدية التعسفية، إلى جانب مخالفة أحكام الفصل الأول المتعلق بالأسعار والتعريفات وشروط البيع من الباب الثاني المتعلق بشفافية الممارسات التجارية.

إذ تنص المادة 31 من القانون 04-02 على: "يعتبر عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات، مخالفة لأحكام المواد 4 و6 و7 من هذا القانون، ويعاقب عليه بغرامة من خمسة ألاف دينار (5000 دج) إلى مائة ألف دينار(100000 دج)، وتنص المادة 32 على: "يعتبر عدم الإعلام بشروط البيع مخالفة لأحكام المادتين 8و9 من هذا القانون ويعاقب عليه بغرامة من عشرة ألاف دينار (10000 دج) إلى مائة ألف دينار (100000 دج)".

وإن إكتفى المشرع بالغرامة، إلا أنه جعل حدها الأقصى المقدر بخمسة ملايين دينار (5.000.000 دج) الأكبر بالنظر إلى الغرامة المسلطة على مخالفة بقية الممارسات، بإستثناء الغرامة المنصوص عليها ضمن المادة 37 من القانون رقم 04-02 المعلقة بالممارسات التجارية التدليسية، أين وصل مبلغ الغرامة في حدها الأقصى إلى عشرة ملايين دينار جزائري(10.000.000 دج).

أردف المشرع الجزائري مخالفة بقية الممارسات التجارية بجزاءات أخرى حتى وإن قلص من قيمة الغرامة، وهذا ما لم يعتمده بالنسبة لمخالفة الشروط التعسفية، إذ نص في المادة 39 على عقوبة حجز البضائع بالنسبة لمخالفة أحكام المواد 10 و11 و13 و14 و20 و22 الى27 فقرة 2 و7 والمادة 28 من هذا القانون، كما يمكن للقاضي الحكم بمصادرة السلع المحجوزة في حالة مخالفة أحكام المواد السابقة من هدا القانون طبقا للمادة 44 من نفس القانون.

ويبدو من المنطقي الإكتفاء بالغرامة كجزاء على إدراج الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المتدخلين والمستهلكين، لأن الأمر يتعلق بشروط تعسفية من شأنها أن تؤدي إلى إخلال ظاهر بالتوازن العقدي، فلا جدوى من المصادرة أو الحجز[1].

كما أنه يمكن إعتبار الغرامة وسيلة حقيقية للردع، ولهذا رفع المشرع حدها الأقصى إلى مبلغ يقدر بخمسة ملايين دينار، وهو من دون شك مبلغ من شأنه إرغام الأعوان الاقتصاديين على حذف الشروط التي تعتبر تعسفية، كتلك التي ذكرتها المادة 29 من القانون 04-02، أو المادة 5 من المرسوم رقم 06-306 أو حتى تلك التي تأتي بها لجنة الشروط التعسفية تطبيقا للفقرة الثانية من المادة 07 من المرسوم رقم 06-306[2].

وما هو واضح أن المشرع الجزائري اخذ عن نظيره الفرنسي هذا الجزاء الجنائي حيث يعاقب المرسوم رقم 78-464 المؤرخ في 24 مارس 1978 المتعلق بحماية المستهلكين من السلع والخدمات، بالغرامة كل من يخالف أو يخرق الالتزام بذكر الضمان القانوني للعيب الخفي في حالة ما إذا كان هناك إتفاق تعاقدي على ضمانها[3].

ونفس التشريع الجزائري والفرنسي أعطا للسلطة التنظيمية إمكانية التدخل من خلال إصدار قرارات وزارية تتضمن تحديد العناصر الأساسية للعقود أو التدخل لمنع العمل في مختلف أنواع العقود لبعض الشروط التي تعتبر تعسفية[4].

---

[1] راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 170.

[2] المرجع نفسه، ص 170.

[3] سلمة بن سعدي، المرجع السابق، ص 182.

[4] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 101.

ويتم فرض الجزاء والعقاب على المتدخل من طرف الجهات الجزائية، بعد رفع الدعوى من طرف المستهلك، أو جمعية حماية المستهلكين أو الجمعيات المهنية أو النيابة العامة وكل شخص طبيعي أو معنوي له مصلحة في ذلك كما يجوز لهذه الأطراف إضافة إلى طلب توقيع الجزاء على المتدخل، أن تتأسس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض عن ما لحقهم من ضرر.

ثانيا: العقوبات الاستثنائية

هناك عقوبات نص عليها المشرع في المادة 47 تطبق على المتدخل بإدراجه لشروط تعسفية وهذا إن توفرت حالات نتطرق إليها كالأتي:

1) غلق المحل التجاري

نصت المادة 47 من القانون رقم 04-02 في فقرتها الأولى على أنه:يُ"تخذ إجراء الغلق الإداري المنصوص عليه في المادة 46 أعلاه وفق نفس الشروط في حالة العود لكل مخالفة لأحكام هذا القانون "، فهذه العقوبة تعتبر استثنائية لأن المشرع لم يقررها إلا إذا تعلق الأمر بحالة العود، عكس الغرامة التي إعتبرت أصلية لأنها تتقرر في جميع الأحوال وغير مرتبطة بالعود.

ويختلف الإجراء المنصوص عليه في المادة 47 عن الإجراء الوارد في المادة 46 في أن:

- العقوبة المنصوص عليها في المادة 46 تتعلق ببعض المواد التي هي من المادة 4 إلى المادة 14 والمواد 20 ومن المادة 22 و22 مكرر إلى المادة 28، والمادة 53 من نفس القانون، في حين العقوبة المنصوص عليها في المادة 47 السابق ذكرها، تتعلق بمخالفة جميع أحكام القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم.
- المادة 46 لا تتعلق العقوبة المذكورة فيها بأي حالة من حالات العود، فتطبق تلقائيا، لا ترتبط بقيد، بخلاف تطبيق العقوبة المنصوص عليها في المادة 47 والمرتبطة بحالة من حالات العود.

وحسب المادة 47 فانه يعتبر في حالة العود، كل عون اقتصادي يقوم بمخالفة أخرى لها علاقة بنشاطه خلال السنتين التي تلي انقضاء العقوبة السابقة المتعلقة بنفس النشاط.

2) المنع المؤقت من ممارسة أي نشاط تجاري

قد تضاعف عقوبة غلق المحل التجاري إلى المنع المؤقت من ممارسة أي نشاط تجاري التي أتى بها المشرع في المادة 2 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم، وهذا دائما إذا توفرت حالة من حالات العود، فالفقرة 3 من المادة 47 من القانون رقم 04-02 تنص على أن: "في حالة العود تضاعف العقوبة ويمكن القاضي أن يتمنع العون الاقتصادي المحكوم عليه من ممارسة أي نشاط مذكور في المادة 2 أعلاه، بصفة مؤقتة".

وللإشارة فإن قبل تعديل القانون رقم 04-02 لم يحدد المشرع فترة المنع المؤقت، بما يعطي للقاضي مطلق السلطة في تقدير هذه المدة تبعا للظروف المحيطة بكل قضية، كخطورة الأفعال المنسوبة ودرجة خطأ العون الاقتصادي وعدد حالات العود، أما بعد التعديل فان المشرع حدد مدة المنع المؤقت بمدة لا تزيد عن عشر سنوات (10 سنوات)، ليكون بذلك قد وضع االعقوبة المستحقة على العون الاقتصادي، في حين يحتمل وقوع القاضي في خطأ تقدير المدة، ليعدل بذلك بين المتدخل والمستهلك.

3) عقوبة الحبس

إضافة إلى الغلق الإداري للمحل التجاري والمنع المؤقت من ممارسة النشاط التجاري، قد تضاف إلى هذه العقوبات، عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر(3 أشهر) إلى خمس سنوات (5 سنوات)[1]، وهي أيضا عقوبة متعلقة بحالات العود.

والحكم بعقوبة الحبس تركت لتقدير القضاء تبعا لظروف القضية وملابساتها، ويلاحظ أن المشرع قرر عقوبة للعون الإقتصادي وإن لم ترد في الفصل المخصص للعقوبات، إلا أنها كذلك، وتتمثل في التشهير به وبما إرتكبه من مخالفات، وهذا حسب ما تضمنته المادة 48: "يمكن الوالي المختص إقليميا، وكذا القاضي أن يأمرا على تفقة مرتكب المخالفة أو المحكوم عليه نهائيا نشر قراراتهما كاملة أو خلاصة منها في الصحافة الوطنية أو لصقها بأحرف بارزة في الأماكن التي يحددانها".

[1] قبل التعديل كانت من 3 أشهر إلى سنة واحدة، ولعل تمديد المشرع في مدة الحبس نوع من حماية المستهلك من إدراج العون الاقتصادي للشرط التعسفي بالنظر إلى مركزه الاقتصادي المتفوق.

ثالثا: معاينة المخالفات

أوكل القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم، مهمة معاينة المخالفات لمجموعة من الموظفين حددتهم المادة 49 منه وهم:

- ضابط وأعوان الشرطة القضائية المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية.
- المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة للمراقبة، التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة.
- الأعوان المعنيون التابعون لمصالح الإدارة الجبائية.
- أعوان الإدارة المكلفة بالتجارة، المرتبون في الصنف 14 على الأقل المعينون لهذا الغرض.

كما تنص في نفس السياق المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 على تخويل هؤلاء مهمة متابعات مخالفات المادة 5 منه والتي جاءت على ذكر الشروط التعسفية، إذ تنص على: "تتم المراقبة والمعاينة وكذا العقوبات المترتبة على مخالفات أحكام المادة 05 من هذا المرسوم طبقا لأحكام القانون رقم 04 -02 المعدل والمتمم"، كما يتمتع هؤلاء الموظفين بجملة من الصلاحيات في سبيل القيام بمهامهم[1].

وما يدعو للتساؤل من كل هذا هو، هل بإمكان هؤلاء الموظفين المذكورين أعلاه في ظل الصلاحيات الممنوحة لهم، الكشف عن الشروط التعسفية التي قد تتضمنها العقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين؟.

يمكن القول هنا أن الأمر سهل بالنسبة للشروط التعسفية التي ذكرتها المادة 29 من القانون رقم 04 -02، أو المادة 5 من المرسوم رقم 06-306، أما الشروط الغير المدرجة في القائمتين والتي قد تؤدي إلى إخلال ظاهر بالتوازن العقدي، فيصعب الكشف عنها بإعتبارها تتعلق بمسائل قانونية بحتة، عكس المخالفات المتعلقة بعدم الإعلام بالأسعار والتعريفات، أو شروط البيع.

فيعود الأمر في النهاية بإعتبار هذه الوقائع مادية، إلى مدى كفاءة الموظفين المعهود إليهم مهام معاينة المخالفات الواردة في القانون رقم 04 -02، ومدى وعي المستهلك أو على

[1] من المادة 50 إلى المادة 52 من القانون رقم 04-02.

الأقل جمعيات حماية المستهلك التي قد تملك بين أعضائها من هو أدرى بهذه المسائل، بالإظافة إلى إستفادتها من مزايا قد لا يتوافر عليها المستهلك البسيط (المساعدة القضائية) وهو ما يحفزها على تكريس الثقافة الإستهلاكية بتجاوز حدود المطالبة بالتعويض[1].

حتى وإن سلمت بقدرة وكفاءة الموظفين المؤهلين لمخالفة المعاينات، فإننا نصطدم بعقبة ثانية قد تقض على تحريك الدعوى العمومية ويتعلق بالتدبير الوقائي الذي أقره المشرع ضمن القانون رقم 04 –02 المتمثل في المصالحة كما سنراه في الفرع التالي.

الفرع الثاني: التصالح حول العقوبة

تنص المادة 55 من القانون رقم 04–02 المعدل والمتمم، كأصل أن تثبت المخالفات بمحاضر تبلغ إلى المدير الولائي، الذي يرسلها بدوره إلى وكيل الجمهورية من أجل مباشرة الدعوى العمومية، وإستثناءا من ذلك فقد تضمنت المادة 60 أحوالا للتصالح مع العون الإقتصادي **(أولا)** تتعطل معه الدعوى العمومية، لنبحث في فقرة ثانية الحالات المستثناة من هذا الحكم **(ثانيا)** لنتعرف على أثار هذا التصالح في فقرة أخرى **(ثالثا)**.

أولا: أحوال التصالح مع العون الاقتصادي

أُشير إلى ثلاث حالات في المادة 60 من القانون رقم 04–02، تختلف عن بعضها بإختلاف قيمة الغرامة، وتبعا لإختلاف القيمة إختلفت أثار كل حالة، فأجاز المشرع المصالحة في الحالتين الأولى والثانية، ومنع هذا الإجراء في الثالثة.

[1] راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 174.

1)إذا كانت قيمة الغرامة تساوي أو تقل عن 01 مليون دج

بحسب نص المادة 60 فإنه متى كانت العقوبة المقررة على العون الاقتصادي غرامة تعادل أو تقل مليون دينار(1.000.000 دج)، كان بإمكانه الحصول على المصالحة مع المدير الولائي المكلف بالتجارة، ولما كانت مخالفة النصوص المتضمنة للشروط التعسفية متضمنة لهذا المبلغ، جاز إذا الحصول على مثل هذا التدبير حتى ولو تفطن الموظفون المؤهلون إلى مثل هذه المخالفات، وهذا على إعتبار أن العقوبة المقررة للشروط التعسفية تتراوح بين خمسين ألف دينار(50.000 دج) وخمسة ملايين دينار (5.000.000 دج).

2)إذا كانت قيمة الغرامة تساوي أو تقل عن 3 ملايين دينار

يمكن للوزير المكلف بالتجارة أن يقبل من الأعوان الإقتصاديين بالمصالحة، إستنادا إلى المحضر المَعد من طرف الموظفين المؤهلين والمرسل من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة، وهذا في حالة ما إذا كانت المخالفة المسجلة في حدود غرامة مالية تفوق مليون (1.000.000 دج) وتقل عن ثلاثة ملايين دينار (3.000.000 دج).

ويلاحظ من الفقرة 2 من المادة 60 أن:

- الجهة المؤهلة للتصالح مع العون الاقتصادي في هذه الحالة هو الوزير المكلف بالتجارة وليس مدير التجارة الولائي مثلما هو عليه الحال بالنسبة للحالة الأولى من هذا النص.
- المبلغ المقدر يفوق مليون ويقل عن ثلاثة ملايين دينار لإمكانية التصالح مع العون الإقتصادي، والذي منه أن المبلغ إذا كان مساويا لثلاثة ملايين دينار لم يكن بالإمكان إجراء المصالحة طالما أن النص يشترط مبلغ يقل عن ثلاثة ملايين.

ثانيا: الاستثناءات من إجراء المصالحة

تضمن القانون رقم 04-02 حالتين لا يكن فيها لأي طرف إجراء المصالحة مع العون الإقتصادي، فالأمر يتعلق بالحالة الأولى منصوص عليها في الفقرة 4 من المادة 60 وثانيا الحكم المنصوص عليه في المادة 62.

1)قيمة الغرامة تفوق ثلاثة ملايين دينار

يلاحظ من الفقرة 4 من المادة 60 أن الحد الأدنى للعقوبة لابد من أن يفوق مبلغ ثلاثة ملايين دينار (3.000.000 دج) حتى لوكيل الجمهورية مباشرة الدعوى، ومتى كان المبلغ مساويا أو يقل عن هذا الحد فإن العون الإقتصادي بإمكانه الإستفادة من المصالحة طبقا للفقرة 3 من المادة 60.

إضافة أن تقدير العقوبة متروك للموظفين المؤهلين المنصوص عليهم في المادة 49، فإن هذا ترك المجال مفتوح لكثير من التلاعب بالمحاضر أثناء إعدادها، إذ يمكن للموظف أن يخفض من قيمة العقوبة محاباة منه لأحد الأعوان الإقتصاديين حتى يتسنى له الإستفادة من تدبير المصالحة، كما يمكنه الرفع من قيمتها إضرارا بأعوان أخرين وهذا من أجل حرمانهم من هذا التدبير[1].

2) إذا تعلق الأمر بحالة العود

جعل المشرع للعود أثر مزدوج، فهو من جهة يؤثر على حجم العقوبة إذ يطبق لها إحدى العقوبات المذكورة آنفا، كالغلق الإداري للمحل التجاري، وكذا إمكانية المنع المؤقت من النشاط وقد يضيف لها عقوبة الحبس.

ومن جهة يعتبر العود حالة من الحالات التي يحرم فيها العون الإقتصادي من إجراء المصالحة كتدبير يحول دون مباشرة الدعوى العمومية[2]، فتباشر المتابعات القضائية من طرف وكيل الجمهورية المختص إقليميا بعد إرسال محضر من المدير الولائي المكلف بالتجارة، وهذا ما نصت عليه المادة 62 من القانون رقم04 -02 المعدل والمتمم.

---

[1] راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 176.

[2] المرجع نفسه، ص 177.

ثالثا: أثار المصالحة

قضى المشرع صراحة بحكم الفقرة 5 من المادة 61 من نفس القانون، أن جميع المتابعات القضائية تنتهي متى تم الإتفاق على المصالحة مع العون الإقتصادي والوزير المكلف بالتجارة، أو المدير الولائي المكلف بالتجارة، ولإعمال هذا الأثر نتطرق إلى نقاط هي:

- وقف المتابعات القضائية قاصر على الحالتين المنصوص عليهما في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 60 المتعلقتين بالتصالح مع مدير التجارة الولائي أو مع وزير التجارة بحسب الحالة.
- وقف المتابعات القضائية مرهون بدفع غرامة المصالحة في خلال أجل قدر بخمسة وأربعون يوما (45 يوم) من تاريخ الموافقة على المصالحة، وهذا طبقا للفقرة 6 من المادة 61 ويترتب على عدم إحترام هذا القيد مباشرة الإجراءات القضائية، وهو ما يبين أن أثار المصالحة ليست تلقائية وإنما مرتبطة بشروط أخرى.
- بمفهوم المخالفة لنص المادة 61 فإن المتابعات القضائية تستمر في الأحوال التي لا يمكن أن تقع فيها المصالحة، ففي تلك الحالتين يمكن للمستهلك التأسيس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض، وكذا بالنسبة لجمعيات حماية المستهلكين.

وفي حالة إنتهاء المتابعات القضائية بالمصالحة، فإن هذه الأخيرة تنتج أثارها بوقف المتابعات القضائية وبالتالي عدم قدرة الأشخاص المبينة في المادة 65، ممارسة حق المطالبة القضائية بطريق تبعي خصوصا وأن النص يتحدث عن الدعوى المدنية بالتبعية للدعوى العمومية، فإنقضاء الثانية يؤدي إلى إنقضاء الأولى ولا يقلل من حجم هذا الخطر إلا قلة الحالات التي يمكن أن تقع فيها المصالحة[1].

وفي غياب أي جزاء مدني في القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم، فإن الأمر أكثر تعقيدا، فالمشرع الجزائري لم يتناول إلا التعويض كجزاء مدني على إيراد الشروط التعسفية في العقود، دون أن يتضمن أي إشارة إلى البطلان لا من قريب ولا من بعيد، وحتى التعويض

[1] راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 178.

المشار إليه في المادة 65 قد يتعطل تطبيقه في الأحوال التي يمكن أن تقع فيها المصالحة مع العون الاقتصادي[1].

فوجب على المشرع لتفادي هذا الوضع، النص على جزاء مدني على إدراج الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين أي عون اقتصادي ومستهلك، وثانيا قصر المتابعات القضائية في حال المصالحة على غير موضوع الشروط التعسفية والموضوعات المشابهة له، لتعلق هذا الأمر بحقوق المستهلك، فلا يمكن منطقيا أن تتوقف المتابعات لقضايا لها علاقة بحقوق المستهلك.

[1] راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 178.

خاتمة

كان للإنتقال من النظام الإقتصادي الإشتراكي القائم على إحتكار الدولة لوسائل الإنتاج والتوزيع إلى النظام الإقتصادي الموجه المشجع للمنافسة وتحرير الأسعار، دور في تغيير مركز المستهلك، في حين كان في أمان –ولو كان نسبيا– في ظل قواعد القانون المدني الذي كان يتضمن نصوص تتعلق بحماية الطرف الضعيف من إذعان الطرف القوي له، بجواز الإستفادة من الظروف الطارئة، وكذلك إعطائه من الشروط التي ظهر للقاضي طابعها التعسفي متى وردت في عقد من عقود الإذعان طبقا للمادة 110 ق م ج.

ليجد المستهلك نفسه يتعامل مع محترف همه الوحيد الزيادة في نسبة الأرباح مهما كانت الظروف والمبررات –من جهة– ومن جهة ثانية إمكانية تدفق سلع وخدمات يجهل تركيبها ومخاطر إستغلالها، إضافة إلى إحتكار المتدخل لبعض هذه السلع أو الخدمات، الأمر الذي يجعل المستهلك يذعن لما يمليه عليه المتدخل من شروط لا علم له بها.

وفي الوقت الذي وجد فيه المشرع نفسه أمام نصوص القانون المدني التي أصبحت غير قادرة على مواكبة السياسة الاقتصادية الجديدة بقصورها على فئة معينة من المستهلكين، فبادر إلى وضع نصوص تتماشى والمرحلة الجديدة، فسن القانون رقم 04–02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والمرسوم رقم 06–306 المتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، اللذان جاءا بتدابير لمعالجة الشروط التعسفية فإتسمت بما يلي:

- وضع تعريف للشرط التعسفي محتواه أنه كل بند أو شرط بمفرده أو مع شروط أخرى تؤدي إلى إخلال ظاهر بالتوازن العقدي، فهنا أُعتبر الإخلال ذريعة للتصريح بالطابع التعسفي، وهذا المعيار أخذه عن المشرع الفرنسي الذي تبناه بموجب القانون رقم 95–96 المتعلق بقانون الاستهلاك خلفا لمعيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، إلا أن هذا التعريف لا يتطابق مع قائمة الشروط التعسفية التي جاء بها القانون رقم04–02 في المادة 29 منه والمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06–306، لصعوبة تقدير الطابع التعسفي في بعض بنود هذه القوائم.
- سار المشرع الجزائري على خطى المشرع الألماني حين وضع قائمتين بالشروط التعسفية، الأولى تضمنتها المادة 29 من القانون رقم 04–02 تضم 8 شروط والثانية ضمن المادة 5 من

المرسوم التنفيذي رقم 06-306 تضم 12 شرط تعسفي، فالمشرع الألماني سمى القائمة الأولى بالسوداء وتضم شروط تعسفية بقوة القانون لا يمكن مخالفتها، والثانية بالرمادية يمكن للمحترف إقامة الدليل على طابعها المشروع بعدما أقام المشرع قرينة على طابعها التعسفي.

غير أن المشرع الجزائري لم يوافق المشرع الألماني -فإعتبر الشروط الواردة في هذه القوائم شروط تعسفية بصورة مطلقة، الأمر الذي جعل البعض يقول بأنها قوائم سوداء.

- حصر نطاق تطبيق الشروط التعسفية في عقود الإذعان فقط لما به تتسم عقود المساومة بالأخذ والعطاء فيها، إلا أن الحاجة للسلع والخدمات مطلب لا يستغنى عنه، فقد تعتبر مطية لإذعان المستهلك ولوفي عقد المساومة، إذ ليس كل مساومة مبررا لإخفاء الإذعان.
- يكفي وجود نص مكتوب من قبل العون الإقتصادي كوصل تسليم، فاتورة، سند ضمان...، لتطبيق الشروط التعسفية، فلا ترتبط بشكلية معينة، تسهيلا للمستهلك في حياة تجارية مليئة بالشكليات.
- صدور المرسوم التنفيذي رقم 06-306 لمواجهة الشروط التعسفية، معناه تخويل السلطة التنفيذية هذه المهمة نظرا للحيوية التي شهدها نشاط السلطة التنفيذية في الوقت الذي ساد السلطة التشريعية نوع من الركود.
- إعتبار الغرامة المنصوص عليها في المادة 38 من القانون رقم 04-02 والجزاءات الأخرى المتبوعة بحالة العود، الجزاء الجنائي الأنسب على إدراج الشروط التعسفية في العقود الإستهلاكية.

ولم تخل هذه المعالجة النى جاء بها القانون والمرسوم سابقي الذكر، من النقائص ومنها:

❖جل القوانين الغربية المنظمة للشروط التعسفية لم تظهر إلا بعد حركات إحتجاجية متكررة قادتها جمعيات حماية المستهلكين، وهذا ما يبين المركز القوي الذي كان يتمتع به المحترف مما عجز الفرد الواحد مواجهته، أما في الجزائر فالقانون رقم 04-02 ليس إستجابة لمطلب جماهيري، مما نفهم منه أنه لا دور لجمعيات حماية المستهلك في المطالبة بالحماية ولا في ممارسة حق التقاضي الرامي لإلغاء الشروط التعسفية.

❖ غياب الدور الهام الذي كان يستوجب على لجنة الشروط التعسفية –المنصوص عليها في المادة 6 من المرسوم السابق– القيام به، فلا يعقل وضعها في إطار قانوني والإبقاء عليها دون وجود حركة لها.

❖ بعد هذه الدراسة، لاحظنا غياب الجزاء المدني على إدراج أي شرط تعسفي مما يثير إشكالية تفسير القاضي لنص أمامه يتضمن تعريف الشرط التعسفي ونطاق التطبيق، الشخصي والموضوعي، إلا الجزاء المدني، فما قيمة هذه النصوص بوجود نقص لا تسده القواعد العامة مما يبقي النص الخاص تابع لها.

ولتفادي بعض العيوب التي ذكرناها والتي صاحبت معالجة المشرع لموضوع الشروط التعسفية قمنا بتسجيل الاقتراحات الآتية:

✓ التقليص من التعريفات والمفاهيم التي أصبح المشرع يوردها في أغلب القوانين لتفادي التعارض الذي قد يحصل بينهما، بالنسبة للتعريف الذي أورده فيما يخص كل من المستهلك والعون الإقتصادي الذي عرفه في كثير من المناسبات بصيغ مختلفة.

✓ فك الغموض حول المواد المنظمة للشروط التعسفية، منها التي نصت صراحة أن نطاق تطبيق أحكام الشروط التعسفية قاصر على العقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين فقط، كما أن هذه الأحكام تشمل عقود البيع وعقود أداء الخدمات.

✓ ضرورة النص على جزاء مدني يقضي على الطابع التعسفي للشروط التعسفية دون أن يمتد إلى العقد كله، أو القضاء ببطلان العقد والشرط معا متى لم يكن بإمكان العقد الإستمرار بدون الشرط التعسفي.

✓ تزويد جمعيات حماية المستهلك بحق المطالبة القضائية بإلغاء الشروط التعسفية المدرجة في عقود الإستهلاك قبل إبرامها، والمطالبة بإبطالها في حالة إبرامها، كردع للأعوان الإقتصاديين.

✓ إتباع منهج المشرع الفرنسي بجعل لقائمة الشروط التعسفية دور توضيحي، ولم يعف المستهلك من إقامة الدليل على الطابع التعسفي للشرط، وإما الاكتفاء بقوائم الشروط التعسفية الواردة ضمن القانون رقم 04–02 والمرسوم التنفيذي رقم 06–306.

ويبقى في الأخير، نشر الثقافة الإستهلاكية، والقيام بحملات تحسيسية، أفضل وسيلة لمواجهة كل تعسف لضمان عدالة عقدية، بحيث يعرف المستهلك حقوقه وأن يرتقي المتدخل أو العون الاقتصادي بمعاملاته عن أي إستغلال ولو جهل المستهلك ما له من حقوق.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

I. الكتب:

1) **احمد محمد محمد الرفاعي** – الحماية المدنية للمستهلك، إزاء المضمون العقدي، (رسالة دكتوراه)، د ط، دار النهضة العربية، مصر، 1994.
2) **أكرم محمد حسين التميمي**– التنظيم القانوني للمهني، دراسة مقارنة في نطاق الأعمال التجارية، طبعة 1، منشورات الحلي للحقوقية، سوريا، 2010.
3) **أيمن سعد سليم**– الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة2011.
4) **حسين عبد الباسط الجميعي**– اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، د ط، النهضة العربية، القاهرة، 1996.
5) **حمد الله محمد حمد الله** – حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، د ط، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر1997.
6) **رمضان علي السيد الشرنباصي**– حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، د ط، جار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004.
7) **زاهية سي يوسف** – المسؤولية لمدنية للمنتج، دار هومة، الجزائر، 2007.
8) **سعد سعد عبد السلام** – التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988.
9) **عاطف عبد الحميد حسين** – حماية المستهلكين، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.
10) **عامر قاسم احمد ألقبسي** – الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في قانون المدني والمقارن، د ط، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
11) **عبد المنعم صده فرج** – نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، د ط، دار النهضة العربية، بيروت، 1974.
12) **عبد الرزاق السنهوري** – الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد1، ج1، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.

13) **عبد الفتاح عبد الباقي** – دروس في مصادر الالتزام، د ط، مكتبة نهضة، مصر، القاهرة.

14) **علي بولحية بن بوخميسة** – القوانين العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع، دار الهدى، الجزائر، 2000.

15) **علي علي سليمان** – النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

16) **علي فلالي** – الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط 2، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

17) **علي فتاك** – تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتوج، دار الفكر الجامعي، ط 1، مصر، 2008.

18) **علي محمد جعفر** – المبادئ الأساسية في قانون العقوبات الاقتصادي وحماية المستهلك، ط 1، نجد المؤسسة الجامعية للدراسات للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2009.

19) **عمر محمد عبد الباقي** – الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، نشأة المعارف، مصر، 2008.

20) **غنية قري** – نظرية الالتزام، دار قرطبة للنشر والتوزيع، ط 1، المحمدية الجزائر، 2007.

21) **فاتن حسين حوى** – الوجيز في قانون حماية المستهلك، دراسة في أحكام القانون اللبناني مع الإشارة إلى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد (الكترونيا)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.

22) **لعشب محفوظ بن حامد** – عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري، 1990.

23) **محمد محمد احمد ابو سيد احمد** – حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، منشورات بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 2004.

24) **محمد إبراهيم عبيدات** – سلوك المستهلك، مدخل استراتيجي، ط 4، وائل للنشر، الأردن، 2004.

25) **محمد بودالي** – الالتزام بالنصيحة في عقود الخدمات، دراسة مقارنة، د ط، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة 2005.

26) ..... – الشروط التعسفية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، ط2، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2010.

27) **مصطفى ألعوجي** – القانون المدني (العقد) مع مقدمات في الموجبات المدنية، ط4 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.

28) **مصطفى محمد أبو عمرو** – موجز أحكام قانون حماية المستهلك، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.

29) **السيد محمد السيد أعمران** – حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، د ط، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ت ن.

30) **السيد خليل هيكل** – نحو القانون الإداري الاستهلاكي في سبيل حماية المستهلك، دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999.

31) **العربي بلحاج** – النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، التعرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.

II. الأطروحات والمذكرات:

أ. الأطروحات:

1) **احمد بورزق –** الشروط التعسفية في عقد المعاوضة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 13/ 2014.

2) **درماش بن عزوز** – التوازن العقدي، أطروحة نيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013_2014.

3) **سليمان براك الجميلي** – الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرية، 2002.

ب.المذكرات:

4) **زوبير ارزقي** – حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون، فرع مسؤولية مهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2011.
5) **بتقة حفيظة** – الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، مذكرة نيل شهادة الماستر في القانون، عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة 2012 _ 2013.
6) **راضية العطياوي** – معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04_02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 5، كلية الحقوق، 2010 _ 2011.
7) **زبير بن قويدر** – حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء قانون 04_02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مذكرة نيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان الجزائر، 2006.
8) **سلمه بن سعدي** – حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة نيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسئولية مدنية، دامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2013_2014.
9) **فتيحة حدوش** – ضمان سلامة المستهلك من المنتوجات الخطيرة في القانون الجزائري، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسئولية، جامعة بومرداس، الجزائر، 2009 _ 2010.
10) **فضيلة بوسويلم** – حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2010 _ 2011.
11) **فضيلة نصري** – جمعيات حماية المستهلك، مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خده، كلية الحقوق ،2003 _ 2004.
12) **محمد أمين سي الطيب** – الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق تلمسان، الجزائر، 2007 _ 2008.

13) **عولمي منى** – مسؤولية المنتج في ظل التعديل قانون المدني، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، مجلس قضاء البليدة دفعة 14، 2003 _ 2004.

14) **منال جهاد احمد خلة** – أحكام عقد الإذعان في الفقه الإسلامي، بحث لإشكال متطلبات الحصول على درجة الماجستير من كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه والمقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، 2008.

15) **نوال شعباني** – التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة نيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تزي وزو، 2012.

III. المقالات:

1) **رباحي احمد –** «أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن»، مجلة اقتصاديات إفريقيا، ، جامعة الشلف، العدد 5، جانفي 2008, ص من 346 الى 355.

2) **بختة موالك** – «الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزء 37، العدد 2، 1999، (ص ص23–64).

3) **عبد الرزاق بلنوار –** «المهني والمستهلك، طرفان متناقضان في العلاقة الاستهلاكية، دراسته في ضوء القانون الجزائري والفرنسي»، دفاتر القانون، جامعة بشار، الجزائر العدد 1، مارس2011.

4) **محمد الهني –** « دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية المتصلة بالولوح للعدالة، الأسس الدستورية لحماية المستهلك»، مجلة الاقتصادي والمستهلك، العدد 615، يونيو المحكمة الإدارية، الرباط.

5) **شوقي بناسي –** «مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04_02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 2، 2009.

IV. المصادر:

1) إبن المنظور الافريقي المصري، لسان العرب، المجلد 6، ج 7، ط4، دار صادر للطباعة و النشر، بيروت، 2005.
2) قاموس المنجد الابجدي، ط 5، د د ن، د ت ن.

V. النصوص القانونية

أ. النصوص التشريعية

1) أمر رقم 66_155 مؤرخ في 11/16/ 1965 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالأمر رقم 11_02 مؤرخ في 2011/02/23، ج ر عدد 12 الصادر في 2011/02/23.
2) أمر رقم 75_58 مؤرخ في 09/26/ 1975،يتضمن القانون المدني ج ر عدد 78 صادر في 09/30 /1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07_05 المؤرخ في 2007/05/13، ج ر عدد 31 صادر في 2007/05/13.
3) أمر رقم 75_59 مؤرخ في 09/26/ 1975 يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالقانون 05 _ 02 المؤرخ في 2005/02/6، ج ر عدد 11، صادر في 2005/02/9.
4) أمر رقم 76-65 مؤرخ في 1976/07/16 يتعلق بتسميات المنشأ، ج ر عدد 59، صادر في 07/24/ 1976.
5) أمر 03_03 مؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالمنافسة، ج رعدد 43 صادر في 2003/07/20 المعدل والمتمم بالقانون رقم 10_05 المؤرخ في 2010/08/15 ج ر عدد 46 صادر في 2010/08/18.
6) أمر رقم 03_04 مؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها، ج ر عدد 43، صادر في 20 /07/ 2003.
7) قانون رقم 04_02 مؤرخ في 2004/6/23 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41 صادر في 2004/06/27 المعدل والمتمم بالقانون 10 _ 06 المؤرخ في 2010/08/15، ج رعدد 46 صادر في 2010/8/18.

8) قانون رقم 08_09 مؤرخ في 2005/04/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21، الصادرفي23/04/ 2005.

9) قانون رقم 09_03 مؤرخ في 2009/02/25 يتعلق بحماية المستهلك ومنع الغش، ج ر عدد 15 صادر في 2009/03/8.

10) قانون رقم 12_06 مؤرخ في 2012/01/12 المتعلق بالجمعيات، ج رعدد02 صادر في 2012/01/15.

ب. النصوص التنظيمية

11) مرسوم تنفيذي رقم 90_39 مؤرخ 01/30/ 1990 يتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 01_315 مؤرخ في 2001/10/16، ج ر عدد 61 صادر في 2001/10/21.

12) مرسوم تنفيذي رقم 06_306 مؤرخ في 09/10/ 2009 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تغطية ج رعدد 56 صادر في 2006/09/11، المعدل والمتمم بالقانون 08_44 مؤرخ في 02/3/ 2008، ج رعدد 7 صادرفي 02/10/ 2008.

13) مرسوم تنفيذي رقم 13_327 مؤرخ في 2013/09/26 المتعلق بشروط وكيفية ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ ، ج ر عدد 49صادر في 10/2/ 2013.

ثانيا: باللغة الفرنسية

1- Ouvrages :

1) **CALAIS-AULOY(J), Droit** de la consommation ,3eme éd, Dalloz, Paris. 1992**.**

2) **CALAIS-AULOY (J),** et **STEINMETZ (F)**, Droit de la consommation, 5eme éd, Dalloz,2000.
3) **GHESTIEN (J),** Traité de droit civil, la formation du contrat**,** 3eme ed , LGDJ, 1993,Paris.
4) **GUYOU.YVES,** Droit des affaires, Tome 1,8eme éd, economica, Paris, 1994.
5) **KARIMI (A**), les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, LGDJ, Paris, 2001.
6) **STARCK (B)**, Droit civil, Obligation, librairies techniques, 1972.
7) **TAQUES, GUESTIEN et BERNARD DESHEI**, Traité des contrats la vente, LGDJ, Paris, 1990.

2- Thèse :

1) BRICKS (H), les clauses abusives, thèse ,LGDJ, Paris, 1982.**:**
2) **D. BOSCO,** le contentieux des clauses abusives, www.thémis.u-3mrs.fr, p25.

3-Articles

1) **GODE (P),** Protection des consommateurs, Clauses abusives, RTD, Civ,Paris, 1978.

4- Lois

1) Directive européenne n° 93-13 CEE du 05 Avril 1993, JOCF 21 avril 1993, n° L95, Concernent les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, eur.lex.europa-eu/les vri5erv /Lexuniserv.do ?uni=CELEX : 31993L0013 :fr.html.
2) Décret n° 78-464 du 24 mars 1978 sur l'application de la loi n° 78-23 du 10 Janvier 1978 sur la protection et l'informationdes consommateurs sur les produits et services, www.legifrance.gouv.fr.
3) Loi n° 88-14 du 05 Janvier 1988, sur le actions en justice des associations de consommateurs et a l'information de consommateur agrées J.O 06 Janvier 1988.
4) Loi n° 93-949 du 26 Juillet 1993 relative au code de la consommation ,J.O.R.F n° 171 du 27 Juillet 1993, www.legifrance.gouv.fr

5) Loi n° 95-96 du 01 Février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant divers activité d'ordre économique et commercial, J.O .02 Févier 1995, http://pmoioui.com.
6) Décret n° 2009/302 du 18 Mars 2009 portant application de l'article L132-1 du code de la consommation, J.O.R.F n° 0067 du 20 Mars 2009, www.legifrance.fr.
7) Code Civil Français**, version** consolidée du code au 1 er septembre 2013, édition 1 décembre 2013.

5- Arréts

1) Cass.civ, 1er ch, 15 Avril 1982, D 1984, Juriprudence, P132.
2) Cass.Civ, 15 Avril, Bull, Civ, In 90, P91.

الفهرس

إهداء.

كلمة شكر.

مقدمة.....02

الفصل الأول: ماهية الشروط التعسفية كسبب للاختلال العقدي حسب القواعد العامة وقواعد حماية المستهلك..... ...10

المبحث الأول: مفهوم الشروط التعسفية.....11

المطلب الأول: تعريف الشروط التعسفية.....11

الفرع الأول: التعريف اللغوي للشرط التعسفي.....12

أولا: تعريف الشرط.....12

ثانيا: تعريف التعسف..... 12

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للشرط التعسفي.....13

أولا: التعريف من خلال أطراف العلاقة العقدية.....13

ثانيا: طريقة فرض الشرط..... .13

ثالثا: اثر الشرط التعسفي على أطراف العلاقة العقدية.....13

الفرع الثالث: العريف القانوني للشرط التعسفي.....15

أولا: تعريف المشرع الفرنسي.....15

ثانيا: تعريف المشرع 17

الفرع الرابع: التعريف القضائي للشرط التعسفي.....17

أولا: القضاء الفرنسي.....18

المطلب الثاني: معايير تحديد الشرط التعسفي.....18

الفرع الأول: معايير التعسف في استعمال القوة الاقتصادية.....19

الفرع الثاني: معيار الميزة الفاحشة.....22

الفرع الثالث: معيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات.....22

المبحث الثاني: نطاق تطبيق الشروط التعسفية.....27

المطلب الأول: نطاق تطبيق الشروط التعسفية من حيث الأشخاص.....28

الفرع الأول: مفهوم المستهلك.....28

أولا: تعريف المستهلك.....29

1 – التعريف الفقهي.....29

2 – التعريف القضائي.....32

3 – التعريف القانوني.....33

ثانيا: تعريف غير المهني.....35

1 – التعريف الفقهي.....35

2 – التعريف القصائي.....36

الفرع الثاني: مفهوم المتدخل.....38

أولا: تعريف المتدخل.....38

1 – التعريف الفقهي.....38

2 – التعريف القانوني.....40

ثانيا: صور المتدخل.....42

المطلب الثاني: نطاق تطبيق الشروط التعسفية من حيث الموضوع 47

الفرع الأول: عقود الإذعان 47

أولا: تعريف عقد الإذعان.....47

1 – التعريف الفقهي 48

2 – التعريف التشريعي..... 50

ثانيا: طبيعة عقد الإذعان 52

الفرع الثاني: عقود المساومة 53

أولا: موقف المشرع الفرنسي.....54

ثانيا: موقف المشرع الجزائري 55

الفصل الثاني: آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية.....57

المبحث الأول: الرقابة على الشروط التعسفية..... 59

المطلب الأول: الأسلوب التشريعي(نظام القوائم)..... 59

الفرع الأول: الرقابة التشريعية في القانون الفرنسي. 59

أولا: تحديد الشروط التعسفية بموجب المرسوم 60

ثانيا: تحديد الشروط التعسفية عن طريق قائمة ملحقة بقانون الاستهلاك..... 61

ثالثا: القيمة القانونية للقوائم الشروط التعسفية في التشريع الفرنسي 63

الفرع الثاني: الرقابة القانونية في تحديد الشروط التعسفية في التشريع الجزائري.....66

أولا: تحديد الشروط التعسفية وفق القانون 04_02 المعدل والمتمم 66

ثانيا: تحديد الشروط التعسفية وفق المرسوم التنفيذي 06_306 المعدل والمتمم.....67

ثالثا: القيمة القانونية لقوائم الشروط التعسفية.....70

المطلب الثاني: الرقابة الإدارية على الشروط التعسفية.....72

الفرع الأول: دور لجنة الشروط التعسفية والجمعيات في الرقابة على الشروط التعسفية.72

أولا: تحديد الشروط التعسفية بواسطة لجنة الشروط التعسفية 72

ثانيا: دور الجمعيات حماية المستهلكين في حماية من الشروط لتعسفية 76

الفرع الثاني: رقابة القضاء الإداري على الشروط التعسفية.....79

أولا: الرقابة على المراسيم الحكومية المحددة للشروط التعسفية 79

ثانيا: الرقابة على الشروط عقد المرافق العامة الصناعية والتجارية.....81

المبحث الثاني: مواجهة الاختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية.....84

المطلب الأول: الجزاء المدني 84

الفرع الأول: الجزاء المدني المقرر في القانون الفرنسي للاستهلاك.....85

أولا: دعوى حذف أو إزالة الشروط التعسفية 85

ثانيا: دعوى البطلان.....,,,,,,.....87

الفرع الثاني: التعويض كجزاء مدني حسب القانون 04_02 المعدل والمتمم.....90

أولا: دعوى التعويض 90

ثانيا: تقدير التعويض 92

المطلب الثاني: الجزاء العقابي.....93

الفرع الأول: تقدير العقوبة الجزائية في القانون 04_02.....94

أولا: العقوبة الأصلية بموجب المادة 38.....94

ثانيا: العقوبات الاستثنائية المقررة بموجب المادة 47 96

ثالثا: معاينات المخالفات.....98

الفرع الثاني: التصالح حول العقوبة 99

أولا: أحوال التصالح مع العون الاقتصادي 99

ثانيا: الاستثناءات من إجراء المصالحة 100

ثالثا: أثار لمصالحة.....102

خاتمة.....105

قائمة المراجع 110

فهرس المحتويات.....120